

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
JUSTICE PRÉVENTIVE
auxiliaire du droit pénal

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1941, à 14 heures

PAR

Maurice REPAIRE

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HUGUENEY, Professeur

Suffragants : MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur
ESMEIN, Professeur

PARIS
MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1941

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
JUSTICE PRÉVENTIVE
auxiliaire du droit pénal

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Juin 1941, à 14 heures

PAR

Maurice REPAIRE

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. HUGUENEY, Professeur

Suffragants : MM. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur
ESMEIN, Professeur

PARIS
MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1941

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

« La France vit sur sa lancée révolutionnaire... Elle nie le mouvement, autour d'elle tout bouge. »

Pierre DOMINIQUE.

« Si l'on compare nos systèmes actuels de répression à ceux des siècles passés, écrivait le professeur Niko Gunsburg, de Gand, dans un ouvrage récent (1), on remarquera qu'il y a peu de changé dans l'énumération des crimes et des délits et qu'en somme le cadre des infractions est resté sensiblement le même, depuis le Moyen-Age. Il en est autrement en ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction. Après avoir abandonné la conception ancienne qui prévoyait des peines, et des peines généralement sévères, la plupart des codes se sont efforcés d'atteindre plus de justice et d'établir une corrélation entre la gravité de la culpabilité et la sévérité de la peine.

« Aux XVIII^e et XIX^e siècles, la répression idéale paraissait être celle qui était le mieux tarifée. Cette conception est en voie de perdre sa valeur. Elle disparaîtra. C'est la première des grandes transformations actuelles du droit pénal. Notre siècle n'abandonne pas l'idée de justice. Mais il cherche un critère plus efficace. La justice assise sur la culpabilité se base sur la responsabilité morale. Or, la responsabilité morale et la répression judiciaire paraissent se dissocier. Un autre élément de la répression se trouve profondément modifié, c'est la sanction pénale. La peine capitale et les châtiments corporels sont en discrédit. L'empri-

(1) Transformations récentes du droit pénal et international, 1938, p. 13.

sonnement et l'amende sont les deux armes dont la Société menace aujourd'hui les malfaiteurs. Mais leur caractère et leur organisation se sont tellement modifiés que là aussi notre langage traditionnel s'est complètement transformé. Provisoirement à côté, prochainement peut-être à la place de la peine, s'insinuent, apparaissent et dominent les mesures de sûreté. »

La caution de cette autorité nous a, dès le début de notre étude, paru nécessaire pour ne pas effrayer le lecteur par la nouveauté du problème de droit pénal que nous nous proposons d'examiner.

Nous voulons, en effet, rechercher si, pour enrayer la crise de la répression et assurer efficacement la défense sociale, on ne doit pas déjà considérer comme criminel celui qui a la pensée du crime ou, suivant l'idée de Prins, si la défense sociale n'est pas indépendante du fait d'une infraction commise.

Mais d'abord, dira-t-on peut-être, peut-on vraiment parler d'une « crise de la répression » ? Elle a été si souvent dénoncée (2) qu'il semble inutile d'insister longuement. « Malgré la menace de la peine, écrivent Garraud et Laborde-Lacoste dans leur Précis de droit pénal (3), de nombreuses infractions sont commises chaque jour. L'ensemble de ces infractions constitue la criminalité qui ne tend certes pas à diminuer, les statistiques l'établissent. Plus de six cent mille plaintes, dénonciations, procès-verbaux sont reçus annuellement par les autorités compétentes et encore convient-il d'y ajouter toutes les infractions qui demeurent ignorées de la justice. » Et M. Chambon, dans sa thèse sur les mesures de sûreté, à l'aide de chiffres extraits des Comptes généraux de l'Administration de la Justice criminelle notamment, exprime (4) assez éloquemment cette croissance de la criminalité générale pour nous

(2) Cf. Henry Joly. Le Krack de la répression (le Correspondant du 25-2-1896) ; Loubat. Revue politique et parlementaire, 1911, p. 434 ; Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1912, p. 658 et s., 880 et s.

(3) 2^e édit., p. 11.

(4) Paris 1925, p. 9 et s. ; cf. aussi Hennequin. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1919, p. 80.

permettre d'affirmer que notre système pénal, que l'on peut définir « l'art d'adapter les institutions sociales en vue d'obtenir la diminution de la criminalité » (5) ne remplit qu'imparfaitement sa fonction.

Sous la pression de l'inquiétude que suscitait cette carence, les conceptions ont dû changer.

Si, longtemps, on a cru que les peines étaient le seul moyen de lutter contre les délinquants, soit en éliminant les individus inassimilables au milieu social, soit en corrigeant ceux qu'on pouvait amender, l'on est de nos jours bien convaincu de l'insuffisance des lois répressives (6). Le professeur Garraud ne dénonçait-il pas, dès 1910, l'emprisonnement « qui ne réforme pas, n'intimide pas, mais corrompt ceux qui le subissent » (7). C'est la même idée qu'exprimait en ces termes au milieu du xix^e siècle Bonnevillle de Marsangy dans son ouvrage sur l'amélioration de la loi criminelle : « La justice répressive peut prévenir plus ou moins efficacement la rechute en amendant le coupable, mais le crime à naître ? d'où l'on conclut qu'elle n'a à cet égard d'autre influence que l'intimidation. Ce mode indirect de prévention est radicalement insuffisant pour assurer l'entière sécurité de l'avenir parce que la crainte, dans la plupart des cas, est contrebalancée par l'espoir de l'impunité ou par la satisfaction procurée par le crime. » (8)

Aussi, tout en maintenant la conception classique qui voit dans la peine un châtiment proportionné à la responsabilité de l'auteur basée sur le principe du discernement du bien et du mal et sur le respect des lois qui en donnent la définition légale, les criminalistes et, à leur suite, les lois positives récentes ont considéré qu'il y a certains délinquants, tels les aliénés et les enfants, pour lesquels la peine n'a aucun sens parce qu'ils sont irresponsables, et d'au-

(5) Garraud. Traité de droit pénal, T. I, p. 34.

Adde : « j'imagine que dès la plus haute antiquité on a puni le crime afin d'éviter qu'il ne soit imité ». (Cuche. Bulletin Union Internationale droit pénal, 1914, p. 46).

(6) Roux. Répression et prévention, 1922, chap. premier.

(7) Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1910, p. 929.

(8) 1864. T. 2, p. 176.

tres, dont la responsabilité plus ou moins atténuée ne justifie aucun châtement sévère, tels les demi-fous, les alcooliques, les toxicomanes. Puisqu'il s'agit d'anormaux ou d'individus privés de toute éducation morale, il faut leur appliquer un traitement curatif ou éducatif approprié à leur mentalité, en remplaçant la peine par ce qu'on appelle des mesures de sûreté (9).

Par ailleurs, au lieu de considérer l'infraction comme une manifestation pure du libre arbitre des individus, on a admis que la criminalité résultait souvent de causes étrangères à la volonté individuelle, celle-ci étant plus ou moins influencée par des facteurs tels que la misère, les vices, les maladies, qui créent des tares indélébiles, ou tels que la désagrégation de la famille, le défaut d'instruction, les propagandes contraires aux bonnes mœurs qui conduisent à un abaissement général de la moralité. Et, au lieu d'attendre que les infractions se soient produites, on a songé à en empêcher autant que possible l'éclosion en agissant sur les causes d'où elles dérivent. Mieux vaut prévenir que punir, proclame M. Chéron (10), faisant écho à M. Roux qui remarquait si justement « qu'il peut être bon d'empêcher la récidive, mais qu'il est certainement meilleur de prévenir le premier délit » (11) ; et M. Donnedieu de Vabres, dans son beau livre sur la crise moderne du droit pénal, est lui aussi amené à insister sur ce truisme « qu'aujourd'hui l'important est moins de frapper fort que de frapper tôt », mettant ainsi en relief l'importance du droit pénal préventif (12).

C'est sur ce droit pénal préventif que nous voulons attirer l'attention, car nous craignons que l'œuvre du législateur ne reste frappée d'impuissance tant qu'il se contentera de punir les infractions déférées aux tribunaux, sans employer préventivement des moyens coercitifs — même en l'absence d'infraction — contre toute personne

(9) Donnedieu de Vabres. *Traité de droit criminel*, 1938, p. 411.

(10) *Les grands problèmes de la politique criminelle*. Le Caire, 1935, p. 271.

(11) *Op. cit.*, p. 206.

(12) *La politique criminelle des Etats autoritaires*, 1938, p. 216.

qui, par ses tares physiologiques ou morales, par ses vices, par son genre de vie côtoyant sans cesse les lois pénales, sera reconnue socialement dangereuse.

Comme le signalait M. Signorel dans sa thèse sur « le crime et la défense sociale », la Société et la Loi, pour remplir leur mission de défense de tous les biens et de toutes les vies de la collectivité, ne doivent négliger aucun des aspects dangereux de l'homme (13). Or, à côté de la situation des délinquants, ce que le criminologiste Vieites appelle (14) « l'aspect évident de la criminalité », il y a tous ceux qui peuvent devenir des délinquants — « aspect potentiel » — et ceux qui le seront probablement — « aspect imminent ». Et la défense sociale, pour être efficace, devrait déjà tenir compte peut-être du danger éventuel que révèlent « la capacité de commettre des délits, les déclarations d'intentions criminelles, les actes scandaleux, le tempérament épileptique, une conduite déréglée, immorale... » pour reprendre les propres termes d'Enrico Ferri (15).

Ne semble-t-il pas inouï, à la réflexion, que lorsqu'un homme se trouve placé dans des circonstances déterminées, connues par expérience comme étant extraordinairement propices pour violer la loi, il soit cependant impossible aux autorités judiciaires d'agir. « Il va de soi, s'il s'agit de préserver la société contre le crime à venir, écrit Salcilles (16), qu'il faut de toute évidence s'emparer du criminel avant qu'il ait réalisé son crime. Lorsqu'une maison menace ruine et qu'il y a danger pour les passants, on n'attend pas, pour l'étayer, qu'un accident se soit produit, et de même pour l'aliéné qui menace de devenir dangereux. On l'enferme avant qu'il ait été la cause d'un malheur. Pourquoi hésiterait-on à l'égard du criminel d'instinct, né dans le vice, élevé dans le vice, qui est un être inassimilé et inassimilable ? A quoi bon attendre pour se garer qu'il ait commencé le cours de ses exploits ? Il devrait en être

(13) Paris, 1912, p. 103.

(14) Revue Internationale de droit pénal, 1928, p. 118.

(15) Revue Internationale de droit pénal, 1927, p. 59.

(16) L'individualisation de la peine, p. 110.

ainsi uniquement peut-être si le crime était la seule démonstration du criminel, mais il est par trop visible qu'il est bien d'autres symptômes du tempérament criminel ; un individu fait partie d'une bande, c'est un être vicieux, dépourvu de tout sens moral, il fait sa profession des métiers les plus louches ; on sait qu'il n'hésite devant aucun scrupule de conscience, l'idée même de la conscience morale lui est étrangère ; son passé, son éducation, son milieu répondent de son avenir. Au point de vue pathologique il a tous les stigmates du criminel. C'est un voleur qu'on n'a pas encore pris la main dans le sac, ou un meurtrier d'instinct, violent, brutal et cruel, qui, fatalement, à la moindre occasion, fera un mauvais coup. Pourquoi ne pas prévenir par avance la réalisation du crime ? »

Ces idées, que certains ont combattues en dénonçant leur étrangeté, n'ont pourtant pas la prétention d'être absolument neuves. M. G. Le Poitevin, à une séance de la Société Générale des Prisons, ne notait-il pas que cet aspect du problème criminel avait été aperçu depuis longtemps par le législateur (17), et M. Chambon n'a-t-il pas signalé (18) qu'en tout temps furent employées des sanctions qui n'étaient pas des peines, comme l'ostracisme en Grèce ou la caution de bonne conduite dans la Rome impériale. Ferri a cité le précédent remarquable de la *Constitutio Carolina* qui, à l'article 158, établit que la peine de mort sera prononcée pour tout individu qui, sans même avoir commis des crimes ou délits, serait détenu comme très dangereux et en continuelle menace de mal (19). Au XVIII^e siècle, Bentham prévoyait dans son *Traité* deux sortes de remèdes préventifs (20) : les moyens directs qui s'appliquent immédiatement à tel ou tel délit particulier ; les moyens indirects qui consistent en précautions générales contre une espèce entière de délits. Et il énumérait comme mesures l'admonestation, la commination, le bannissement partiel, le cautionnement. Et chez nous, Bonneville de Marsangy affir-

(17) *Revue pénitentiaire*, 1910, p. 945.

(18) Thèse citée, p. 25 et s.

(19) *Revue Internationale de droit pénal*, 1927, p. 61.

(20) *Traité de Législation civile et pénale*, T. 2, p. 291 et s.

ma, au milieu du xix^e siècle (21), qu'une foule de crimes ne sont commis qu'après la manifestation de certains faits qui les présagent, faits qui ne constituent pas encore des délits proprement dits, mais y confinent et que la société ne néglige qu'en abdiquant un devoir supérieur de tutelle et de protection. Et il concluait : « La justice qui punit sans avoir tout fait pour prévenir n'est pas de la vraie justice. »

Plusieurs congrès de droit pénal se sont occupés de la question de l'état dangereux, en particulier ceux de l'Union Internationale de droit pénal, à propos desquels Von Liszt a marqué (22) les étapes qui ont conduit à discuter cette notion.

Dans un bref historique, nous allons retracer comment s'est élaboré cette théorie grâce à un triple courant doctrinal, que sont venus renforcer les transformations du droit public et les progrès de la médecine psychiatrique.

Parmi les nombreux auteurs qui se sont faits les champions de la notion d'état dangereux, nous citerons, comme les plus marquants, A. Prins, représentant de la tendance germano-belge ; E. Ferri, figure importante du positivisme italien, et Louis Jiménez de Asúa, professeur espagnol aussi savant qu'enthousiaste.

Pour Prins, les transformations du droit pénal permettent de concevoir un état de danger sans délit et ce sans qu'on puisse dire « que le règne de l'arbitraire succèdera au règne de la légalité » (23). Par les statistiques d'Angleterre et de Belgique, il montre l'énorme proportion de vicieux et de dégénérés. Si la tendance à dégénérer n'implique pas toujours un danger social, les défectueux tendent à être dangereux pour eux-mêmes et pour la société quand, à l'insuffisance personnelle, s'ajoute l'insuffisance du milieu social, et il prévoit l'intervention de l'Etat avant

(21) Op. cit., T. 2, p. 179 et s.

(22) Bulletin de l'Union Int. de droit pénal, 1909, p. 351.

(23) La défense sociale et les transformations du droit pénal, p. 115.

la chute. Pour la société, se présente le dilemme de sacrifier les dégénérés sur l'autel des hommes supérieurs ou de protéger les intérêts de tous. Pas d'autre solution que la peine de mort ou les soins donnés aux anormaux : l'élimination révoltant, on en vient à la préservation (24).

Mais, ainsi que l'a écrit M. Julliot de la Morandière (25), lorsque Prins arrive à l'état de danger sans délit, il esquivé le problème en ne s'occupant que de l'enfant et on peut considérer son système plutôt comme une transaction entre les substitutifs pénaux de Ferri (26) et la doctrine de l'état de danger sans délit.

Enrico Ferri, au Congrès de Bruxelles tenu en 1926, distinguait (27) la défense préventive indirecte et la défense préventive directe, suivant qu'elle vise à éliminer ou à atténuer les causes du délit (conditions individuelles et conditions du milieu physique et social) ou qu'au contraire elle se propose de rendre inoffensifs dans leur conduite sociale les individus qui révèlent une propension à commettre des délits ou se préparent à les commettre.

Dans un magnifique article intitulé « La fonction juridique de l'état de danger chez le criminel », il a fait le départ, qu'il juge décisif, entre l'état de danger social et l'état de danger criminel (28). Le fondement juridique et la raison unique de la responsabilité pénale, pose-t-il, c'est d'avoir commis un délit, lequel révèle un danger criminel et ressortit à la justice pénale ; tandis que dans la police de sûreté, le fondement juridique des mesures préventives est l'état de danger social, précédant et indépendant de la commission d'un délit. En résumé, dans la police de sûreté (défense sociale préventive) l'état de danger justifie les mesures de police qu'on va prendre contre des individus dont on signale la témibilité avant qu'ils arrivent à commettre un délit ; dans la justice pénale (défense sociale répressive), il n'a que la fonction de faire adapter la sanc-

(24) Ibid., 139-164.

(25) Thèse, 1910, p. 85.

(26) Sociologie criminelle, p. 394.

(27) Actes du Congrès rapportés par Roux, p. 197 et s.

(28) Revue Internat. de droit pénal. 1^{er} sem. 1927, p. 53 et s.

tion à la personnalité du prévenu en vue du délit qu'il a commis.

Remarquons que ce sont les mêmes idées que formulait Silvio Longhi, au début du siècle, dans les propositions suivantes (29) :

A) Les bases du droit pénal actuel consistent dans la répression et la prévention ; ces deux formes d'activité s'exercent par voie juridictionnelle soit cumulativement soit séparément, dans un but de protection contre la criminalité. L'une s'exerce par le moyen de la réaffirmation du principe d'autorité que l'infraction à un ordre de la loi a méconnu, l'autre s'exerce par des mesures de protection purement défensives.

B) Sont sujets au droit pénal actuel tous ceux qui en transgressent les règles ; mais, tandis que sont seuls sujets du droit pénal dans le sens étroit du mot ceux qui sont capables de comprendre et de ressentir une sanction, sont au contraire assujettis aux règles de sécurité sociale indépendamment de toute capacité intellectuelle ou psychique ceux qui, par leurs actes, se révèlent comme dangereux pour l'avenir.

C) Le fait illicite qui met en mouvement l'activité répressive ou préventive doit être typiquement déterminé par le droit objectif, mais tandis que, pour justifier la répression, ce fait illicite doit avoir eu lieu, pour provoquer les mesures de prévention il suffit qu'on ait des raisons de craindre qu'il s'accomplisse étant donné le caractère dangereux du délinquant.

Quant à Jimenez de Asúa, dont la position est clairement marquée dans son œuvre sur le nouveau droit pénal (30), il affirme au contraire que la sauvegarde des droits individuels exige que soit confiée au pouvoir judiciaire cette fonction préventive qu'on ne doit jamais abandonner

(29) Répression et prévention dans le droit pénal actuel, p. 13.

(30) El nuevo derecho penal. Madrid, 1929.

à la police. Il propose (31) un code sanctionnateur, destiné à l'état de danger manifesté par le délit, et un code préventif régulateur de l'état de danger sans délit. Le premier définirait les espèces de délits et cataloguerait les sanctions. Le second rassemblerait toutes les situations de l'état de danger qui revêtent un caractère présomptif.

Pour lutter contre l'état de danger sans délit il propose une série de mesures répondant à ces trois types : 1) internement dans des manicômes ; 2) établissements éducatifs pour mineurs ; 3) ateliers de travail pour les autres catégories de dangereux non criminels.

Parallèlement à l'effort de certains criminalistes, la doctrine de la défense sociale a bénéficié du courant d'idées sorti de la guerre 1914-1918 dans le domaine du droit public (32). Juristes, législateurs, constituants se sont alors livrés à une sévère analyse des vieilles constitutions en vue d'y substituer les formules neuves qui devaient régir certaines communautés politiques.

L'élévation de la masse à la condition de facteur décisif, due à la révolution industrielle du XIX^e siècle et à la crise des aristocraties, provoqua la substitution au vieux concept individualiste d'un idéal transpersonnel de la justice, exaltant comme première fin les intérêts de la sécurité sociale avant ceux de l'individu. C'est ainsi que les Etats autoritaires — Italie, Allemagne et Russie — ont résolu de façon particulière le problème de la liberté qui a une si profonde répercussion sur le droit pénal.

En Italie le régime actuel identifie le parti fasciste avec l'ordre étatique, et l'Etat est l'expression totale et unique de la Nation (33). « L'individu ne représente rien qu'une molécule de la société et il ne peut faire valoir ses droits quand leur conservation mettrait en danger celle de l'organisme social » (Carofalo). L'Etat, indique M. Silvio Trentin, ne peut être considéré d'après le législateur fasciste comme la synthèse harmonique des intérêts indivi-

(31) Op. cit., p. 128.

(32) Felipe Gil et Jimenez de Arechaga. *Sobre la teoria del estado peligroso*, p. 32.

(33) Cf. Ferrari. *Le régime fasciste italien*, 1928, chap. V.

duels issue d'une coordination de plus en plus intime de leurs tendances communes ; il doit être au contraire situé en dehors et au-dessus des individus comme une entité autonome vis-à-vis de laquelle l'individu doit être dépourvu sans merci de toute faculté et converti exceptionnellement en simple instrument qu'on n'emploie que dans la mesure où il sert au but et qu'on écarte dès qu'il ne sert plus (34), philosophie politique bien propre à favoriser la doctrine de la défense sociale.

La constitution russe définit le but de l'Etat Soviétique comme étant l'instauration d'une société sans classe (35) ; elle ne reconnaît pas la souveraineté du peuple, si ce n'est la dictature du prolétariat. Loin de garantir la liberté individuelle, l'Etat au contraire a droit discrétionnaire d'en priver non seulement les individus isolés, mais des groupes entiers de population. « Un citoyen séparé est considéré comme une personnalité en tant seulement qu'il participe à la cause commune, à l'économie sociale, au développement des forces productrices. Les limites de cette participation sont fixées par l'Etat et les citoyens ne peuvent pas les dépasser » (36). L'action pénale de l'Etat a donc pour base le maintien de l'ordre révolutionnaire : la mesure de défense sociale selon l'article 2 du code soviétique a pour but d'adapter les coupables aux conditions d'existence de l'Etat des travailleurs.

Enfin, le régime hitlérien a proclamé lui aussi le dogme de la suprématie de l'Etat, mais l'Allemagne, désavantagée par l'absence de frontières naturelles, par la diversité des pays qui la composent, a dû, pour réaliser l'unité que les faits ne commandaient pas, faire un effort en profondeur qui s'est traduit par la substitution à la notion d'Etat des notions de peuple et de race comme base du droit public et du droit pénal nouveaux (37). Le régime fondé par Hitler est un régime d'iné-

(34) Le code pénal fasciste, 1931, p. 12.

(35) Donnedieu de Vabres. Politique criminelle des Etats autoritaires, p. 13.

(36) Bulletin Sté de législation comparée, T. 55, 1925-26, p. 53.

(37) Donnedieu de Vabres. Op. cit., p. 16 et p. 84 et s.

galité : de même qu'il voit dans le monde des races de maîtres et des races d'esclaves, il distingue dans un même pays des hommes de valeur différente et le devoir des pouvoirs politiques est de favoriser la sélection. Le droit pénal s'attachera donc à la sauvegarde des valeurs vitales de la race et sanctionnera toute erreur qui est inconciliable avec la saine appréciation du peuple touchant le juste et l'injuste. Comme le dit M. Béraud dans sa thèse (38), il faut tenir pour criminel tout ce qui porte atteinte à la « communauté populaire » que le droit pénal se propose de défendre.

Ainsi s'est affirmée la doctrine de la défense sociale pour laquelle « l'essence du droit criminel est de défendre la société contre les individus présentant un caractère de danger » (39). L'individu, qu'il soit sain d'esprit ou déficient ne peut être considéré que dans la société, et par cela seul qu'il vit en société il doit répondre de ses actes. La peine a pour fondement la nécessité sociale de vivre sans criminels et la défense sociale se justifie par la nécessité de prendre des mesures contre ceux qui sont un danger pour le bon ordre social. La Société ne peut rester désarmée en face de ceux qui, suivant la formule de Grispigni, se montrent capables de devenir avec probabilité auteurs de délit (40) car, ainsi que l'enseigne le maître espagnol Saldaña, le délit n'est qu'une violation ou une menace des intérêts et biens auxquels l'Etat doit protection et l'acte criminel l'épanouissement d'un état criminel (41).

Cette dernière idée a été adoptée par une partie importante du monde médical préoccupé de criminologie. C'est ainsi que le Docteur Etienne de Greffe déclare que « plus de 70 % des criminels passionnels (mais ces obser-

(38) Mesures de sûreté dans le droit allemand. Aix en Provence, 1938, p. 171.

(39) R. Fontecillia Riquelme. El codigo penal Chileno ante la nuevas orientaciones de la ciencia penal, p. 32.

(40) La pericolosita criminale e il valore sintomatico del reato. Scuola positiva. 1920, p. 104.

(41) Modernas concepciones penales in Espana, 1923, p. 67.

ventions ont une portée générale) avertissent antérieurement aux faits les uns par actes, les autres par paroles. Généralement on ne les comprend pas ou on les comprend mal. Le juriste, lui, ne reconnaît à ces actes, paroles, menaces, écrits aucune valeur grave lorsqu'ils se produisent, mais il leur donne un sens très grave après le délit. Entre l'honnête homme qui, ayant remarqué en soi l'apparition d'une idée homicide, lui oppose instantanément un barrage moral solide qui la reporte à l'infini, et le vrai criminel qui, ayant engendré une idée homicide, la met instantanément à exécution, s'étagent tous ceux qui ne refoulent pas l'idée criminelle avec une grande perfection, mais se défendent contre elle cependant durant un temps plus ou moins long... Nous croyons que l'état dangereux commence au moment où le sujet, ayant accepté silencieusement et secrètement l'idée de disparition de la victime, constate qu'il devra passer à l'acte.

« C'est généralement pendant cette période de crise qu'il se passe des faits extrêmement révélateurs, faits que la police très souvent connaît et à l'occasion desquels on pourrait intervenir d'une manière plus efficace, bien que le crime ne se réalisant pas toujours, l'intervention en cette période soit très délicate et doive être empreinte de la plus large humanité. Malgré tout, l'intervention est concevable parce que, très souvent à cette période, le précriminel laissé à lui-même, débordé par la situation et le milieu, n'est plus à même de se diriger librement. » (42).

Au Congrès de médecine légale de Paris tenu en mai 1937, le Docteur Schiff insista (43) « sur la fréquence de l'imminence criminelle que démontre nettement la pratique d'un hôpital psychiatrique (rares sont les crimes qui éclatent dans un ciel serein) d'où se déduit la nécessité de réaliser la formation scientifique du personnel policier et judiciaire auquel s'adressent les plaignants et qui a à s'occuper des accidents survenant en rue ». Et le Docteur Badonnel, dans un article de l'Hygiène mentale, a proclamé

(42) *Revue belge de droit pénal*, 1938, p. 240 et 242-43.

(43) *Revue belge de droit pénal*, 1937, p. 615.

à son tour que le délit est rarement un accident de l'existence du délinquant (44). Dans 20 à 25 % des cas, le délit semble dû à des facteurs sociaux, milieu, atmosphère, éducation, exemple, fréquentation ; dans les autres cas, les facteurs individuels sont prépondérants. Il s'agit de sujets plus ou moins anormaux qui parviennent au délit soit du fait de leurs tendances réellement anti-sociales (pervers, instables, paranoïaques...), soit par simple défaut de résistance (débiles qui cèdent à la moindre impulsion, au moindre entraînement). On ne peut pas affirmer que ces individus deviendront des délinquants, mais il y a lieu de le craindre et par conséquent on doit prendre des mesures. »

En résumé, pour ces psychiatres un individu quelconque réalise un état dangereux non pas du fait qu'il subit un processus criminogène, mais quand il démontre par une manifestation sociale, bénigne ou grave, que ce processus tend à se traduire en actes sans qu'il soit possible de l'arrêter par le jeu des intimidations banales communes à tous. Et ils proclament que l'esprit médical doit s'attaquer au comportement de l'homme normal ou présumé tel, examiner l'étude physiologique et pathologique des constitutions, des caractères et, secondairement, du mode d'activité qui en résulte, pour tenter de plus en plus d'expliquer par l'organisation defectueuse ou normale, l'équilibre ou le déséquilibre de la conduite individuelle ou sociale.

Telles sont les conclusions qui se dégagent d'un bel article du Docteur Sengès, « Positivisme médical et responsabilité pénale » (45) où il souligne l'extension récente du champ des affections et troubles mentaux « qui forment une vaste synthèse d'états dont la caractéristique est : 1) d'être en principe permanents, 2) de ne pas évoluer vers des états plus graves, 3) de permettre de façon habituelle ou suffisante la vie sociale. Insuffisants, inadaptés, désharmoniques, pervers..., ils peuvent dans d'autres cas mener une existence suffisamment correcte, voire brillante, ou se

(44) Novembre 1938.

(45) Annales médico-psychologiques, 1935, T. I, p. 24 et 29.

révéler par des lacunes plus ou moins graves et entrer dans le domaine de la délinquance ou du crime. » Et il ajoute : « On ne peut nier que la doctrine générale positive de la défense sociale contre la délinquance et le crime par la prophylaxie médicale et l'étude biologique du comportement psycho-social des humains, que la création d'établissements spéciaux d'étude, de redressement, de traitement médico-social des candidats éventuels à la délinquance ou au crime, ou que le traitement d'une catégorie plus ou moins importante de délinquants par des méthodes inspirées d'une connaissance véritable de leur nature, on ne peut nier, dis-je, que cette théorie ne soit dans la ligne du progrès. »

A l'objection que l'on imposera une contrainte en l'absence d'un délit caractérisé, les psychiatres répondent qu'il s'agit justement d'éviter une peine à un sujet dont la nocivité est d'autant plus grave qu'elle n'est pas encore formelle. La société ne doit plus s'intéresser à ses malades uniquement pour les mettre en prison, sans avoir essayé d'amender leur nocuité par des moyens préventifs.

En somme, puisqu'on ne peut agir utilement qu'en remontant aux causes du crime, et, lorsque ces causes paraissent d'une portée générale, en luttant impérieusement contre elles, on devrait, pour réaliser cette œuvre de sécurité, donner aux juges le pouvoir d'agir contre les individus qui, en raison de leurs habitudes de vie, de leur milieu familial et social, de leur aversion au travail, ont des prédispositions à un état socialement dangereux, de même que nous établissons des mesures préventives à l'égard du fou ou du malade contagieux, sans que nous soyons sûrs que le fou causera un dommage ou que le cholérique répandra la contagion. Au delà du principe punissant l'intention même, écrivait Toulemon (46), « on peut rêver d'une justice idéale qui serait assez pénétrante pour sonder les reins et les cœurs et qui punirait le vice lui-même ».

N'y a-t-il pas, en effet, une foule d'individus dans les

(46) Progrès des institutions pénales, 1928, p. 97.

bas-fonds des grandes cités qui vivent grâce aux expédients et aux larcins et finissent même par trouver des charmes à une existence dangereuse mais parfois lucrative ? N'est-ce pas les souteneurs, mendiants et vagabonds qui constituent la masse où se recrute l'armée du crime, parce que, pour satisfaire leurs besoins faute de ressources suffisantes et régulières, ils seront amenés à commettre des infractions ?

Verrait-on aussi souvent de tragiques faits divers dont les protagonistes sont des ivrognes, si les tribunaux correctionnels pouvaient réformer leur conduite sans attendre, pour agir, les conséquences extrêmes de leur vice ?

Croît-on vraiment qu'on pourra réduire la pègre criminelle tant qu'on ne forcera pas à justifier de leurs moyens d'existence tous ces louches individus dont le « bistrot » et le « turf » sont les seuls lieux de travail avoués ?

C'est bien affirmer un truisme que d'écrire : « Peut-être naît-on vicieux, mais à coup sûr on devient criminel » — on le devient en prenant l'habitude de ne pas se forcer, de ne plus se contraindre et, pour reprendre une expression de Pascal, par manque de cœur.

Puisqu'on a pu observer que le criminel est, presque toujours, un être chez qui les facultés humaines ne se sont pas développées avec l'harmonie nécessaire et chez lequel les appétits inférieurs ont pris le pas sur les facultés supérieures, ne semble-t-il pas nécessaire de soumettre à un contrôle juridictionnel, propre à les réprimer et à les endiguer, les débordements de ces mauvais instincts ? Si, en vertu de cette terrible loi de l'habitude, à chaque verre que boit le chômeur alcoolique, à chaque partie de poker que perd le fils de famille dévoyé, se trouve diminuée la possibilité de libre choix entre l'acte coupable et l'abstention, comme le reconnaissent les partisans de la responsabilité morale, ne doit-on pas confier au juge répressif un droit de regard sur cette conduite pré-délictueuse ?

Les chiffres du tableau ci-dessous, qui visent des délits appartenant essentiellement au cadre préventif, nous paraissent la meilleure illustration de cette nécessité que l'on proclame d'obliger les individus à rendre compte à la

justice de leur état moral et, pour ce faire, de prévoir des mesures hygiéniques et thérapeutiques, physiques et morales, que les tribunaux appliqueraient avant tout délit.

COMPTE GÉNÉRAL

DE

L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE ET COMMERCIALE
ET DE LA JUSTICE CRIMINELLE

(Extraits des tableaux N° 19 pour l'année 1928, et N° 6 pour l'année 1934, visant les délits jugés par les tribunaux correctionnels en France.)

	— 1928 —		— 1934 —	
	Affaires	Pré- venus	Affaires	Pré- venus
Vagabondage	10349	10470	11255	—
Mendicité	3334	3488	5013	—
Substances vénéneuses . . .	152	208	155	215
Vagabondage spécial	84	89	233	252
Filouterie de transport . . .	45	48	329	310
Ivresse	2121	2128	3149	3171

Quelque séduisante que paraisse au regard des faits la prévention ainsi envisagée, elle n'en a pas moins soulevé les plus vives critiques.

Tout d'abord, l'adoption du point de vue que l'Etat, pour sauvegarder l'ordre juridique, condition nécessaire à l'existence sociale, doit s'occuper exclusivement du danger qui existe pour cet ordre du côté de la personne concrète, conduit au remplacement de la responsabilité morale, sur laquelle la majorité des auteurs base encore le droit à la répression, par la responsabilité dite légale, ce qui nous fait encourir l'opposition de ceux qui voient dans cette substitution une régression dans nos institutions pénales.

Nous plaçant résolument sur le plan pragmatiste, nous ne nous occuperons pas de ce problème dont l'importance en la matière a peut-être été exagérée si l'on s'en rapporte

à M. Cuhe (47)), pensant avec W. James que seules sont vraies les conceptions qui réussissent et recherchant uniquement les moyens de mieux assurer la sécurité et la sauvegarde du groupement social et subsidiairement de ses membres.

De graves objections sont nées de la crainte de l'arbitraire qu'inspire à nombre d'auteurs la doctrine de l'état de danger. L'imprécision du « caractère dangereux prédélictuel » nous place, en effet, devant le problème délicat de concilier les droits du groupe à se défendre et le droit de l'individu à la liberté.

D'autres pénalistes ont âprement invoqué le rôle étranger au droit pénal que ces conceptions impliqueraient. Si bien que le professeur Buzea a dénoncé avec véhémence la crise effrayante par laquelle passerait alors le droit pénal (48) : « La proportion dans laquelle on adoptera comme moyen pénal de pareilles mesures, sans but répressif car ce seront des mesures préventives, sans justification morale car elles se basent sur la notion de péril social et non de culpabilité, sans caractère juridictionnel car ce sont des mesures d'ordre administratif, sera aussi la proportion dans laquelle le caractère pénal et juridictionnel de la justice répressive sera pour le moment compromis pour être ensuite supprimé. »

Comme le remarquait judicieusement M. le Professeur Louis Hugueney, à une séance de la Société générale des prisons (49), ce qui rend particulièrement difficile chez nous la tâche du législateur, c'est que personne n'ose toucher aux conquêtes sacro-saintes de la Révolution française. Von Liszt ne se plaignait-il pas déjà en 1900 que depuis le début du xix^e siècle, la doctrine française figée, fossilisée par le Code de 1810, manquât de toute énergie créatrice ? Mais dans ces dernières années et surtout dans ces derniers

(47) De la possibilité pour l'école classique de fonder la répression en dehors du libre arbitre, p. 16.

(48) La crise du droit pénal, p. 12 (extrait de la *Revista di diritto penitenziario*, Rome, N° 1, 1935, XII).

(49) *Revue pénitentiaire*, 1931, p. 213.

mois, bien des idées ont changé et l'on n'a pas hésité à porter la main sur bien des principes longtemps regardés comme intangibles, aussi espérons-nous qu'on nous pardonnera nos audaces.

Dans la première partie de notre ouvrage, nous nous efforcerons de réduire les objections doctrinales suscitées par l'institution des mesures préventives *ante delictum*.

Dans la deuxième partie nous analyserons les applications qui ont pu en être faites par le droit positif étranger.

Enfin, dans une dernière partie, nous détacherons les enseignements qui semblent s'imposer, et conclurons par leur application immédiate à certains problèmes de notre politique criminelle.

PREMIÈRE PARTIE

« *Omnis securitas sine crimine* », au lieu de « *Nullum crimen sine lege* ».

LES OBJECTIONS DOCTRINALES

Nous avons rappelé, dans notre introduction, comment l'insuffisance du principe fondamental sur lequel repose le système de la répression, l'augmentation constante du nombre des délinquants, le grave problème de la criminalité juvénile, ont montré la nécessité de mettre en pratique une hygiène sociale destinée à combattre tous les facteurs de démoralisation (1) — problème que nous ne retenons pas — et le besoin d'adopter un moyen nouveau de défendre la société contre le crime : la mesure de sûreté qui tient compte de l'acte commis et de la personnalité du sujet dangereux.

Nous avons noté également que l'état de danger se présente sous deux formes : l'état de danger post-délictuel, manifesté par la commission d'un délit, et l'état de danger prédélictuel manifesté par la probabilité que présente un sujet de devenir auteur d'un délit, ou, ajouterons-nous, d'y inciter d'autres individus.

Nier de nos jours que l'individu est passible de mesures pénales du fait qu'il a commis un délit, afin de mieux individualiser la peine, serait, a-t-on pu dire, « combattre contre des moulins à vent » (2).

Dans sa deuxième forme, au contraire, l'état de dan-

(1) Cf. Roux, op. cit., p. 211.

(2) Felipe Gil et Jimenez de Arechaga, op. cit., p. 28.

ger tend à révolutionner le droit pénal car il n'est plus un simple expédient utilisé par le magistrat pour déterminer qualitativement et quantitativement la sanction, mais le fondement même du droit de punir. Aussi deux objections principales ont été faites à cette conception, l'une touchant aux garanties de la liberté individuelle, l'autre au problème de la séparation des pouvoirs.

CHAPITRE PREMIER

LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

Discutée dans toute sa gravité au sein de l'Union Internationale de droit pénal, la question de la liberté individuelle suscita au Congrès de Bruxelles tenu en 1910 (1) deux courants doctrinaux : celui issu du groupe germano-belge dirigé par Von Liszt et Prins, qui donnait la prédominance à l'intérêt social, et le courant français, où dominaient les Professeurs Garçon et Garraud, qui défendait les postulats de l'école classique et repoussait toute formule ayant pour effet de priver les individus des garanties les protégeant contre l'intervention abusive de l'Etat (2). Ainsi se trouva posé le grand problème de concilier l'intérêt individuel de liberté et l'intérêt qu'a la société à se défendre.

Le recours, vis-à-vis de ceux que leurs antécédents héréditaires, leurs habitudes de vie révèlent, même en l'absence d'infraction, comme particulièrement nuisibles, à des moyens de défense qui seraient, sinon des peines, du moins des mesures de sûreté a toujours répugné au sentiment individualiste et libéral des criminalistes français.

Dans un rapport sommaire sur la nécessité de maintenir le point de vue objectif en droit pénal pour garantir

(1) Cf. *Revue Internationale de droit pénal*, 1910.

(2) Notons qu'en l'absence du courant typiquement français et individualiste, devait naître une autre tendance favorable à l'admission de la notion d'état de danger prédélictuel ; elle est due à l'initiative des disciples de M. Duguit qui solutionnèrent avec une certaine facilité le problème politico-pénal en abandonnant les constructions classiques du droit public.

la liberté individuelle, le Professeur Garçon disait (3) : « certaines théories proposent d'effacer du code pénal toute définition précise des délits, la Société ne devant pas rester désarmée. Une telle conception est inconciliable avec la garantie de la liberté. Il n'est pas nécessaire de dire ici comment, pendant de longs siècles, le droit répressif fut tout arbitraire. On jetait dans les cachots et dans les bagnes, on frappait, on envoyait à l'échafaud tous ceux qui paraissaient dangereux pour l'ordre social, sans qu'aucune règle vînt protéger le coupable — souvent même innocent — contre la passion du juge ou le despotisme du pouvoir politique. Il a fallu les efforts persévérants et courageux des novateurs pour faire triompher les idées libérales. Le fondement même de la liberté est dans ce principe que la loi, faisant abstraction de la personne du coupable et ne le connaissant pas, se plaçant uniquement au point de vue objectif du mal causé à la société, déterminera d'avance les faits qui légitiment une peine et le maximum de mal qui pourra être infligé au coupable. On ne saurait donc admettre certaines théories qui semblent vouloir livrer le délinquant à l'arbitraire du juge qui prononcera la condamnation, ou de l'administration chargée de faire exécuter la peine, ou enfin à l'arbitraire d'un médecin expert aliéniste. Des mesures purement préventives ne sauraient être prises que contre ceux qui sont frappés d'une forme aiguë d'aliénation mentale mais il est impossible de les étendre à un homme, fût-il un dégénéré héréditaire et impulsif, si sa liberté n'est pas absolument incompatible avec la vie sociale. Or, pour le savoir, il faut l'acte délictueux. Songeons aux délinquants politiques qui se recrutent très souvent parmi cette classe dite des dégénérés supérieurs. Soyez assurés que les gouvernements les tiennent pour de grands coupables et de grands fous puisqu'ils veulent renverser l'ordre de choses établi et les coutumes traditionnelles. Veut-on permettre aux juges de déclarer que la mentalité d'un délinquant politique, d'un journaliste qui a commis un délit de presse est anormale, qu'on ne peut

(3) Bulletin de l'Union Internationale de droit pénal, 1909, p. 360 et s.

compter sur son amendement (c'est-à-dire son changement d'opinion), qu'il est inassimilable au milieu traditionnel, et qu'il faut le placer dans un asile de sûreté ? » Cette opposition du maître français est évidemment fortement motivée, mais est-elle sans appel ?

Voyons tout d'abord la première objection, à savoir que si le citoyen a le devoir moral de ne rien faire qui soit de nature à troubler l'ordre de la communauté dans laquelle il vit, encore faut-il pourtant que l'individu soit mis à même de connaître les actions que la société dont il fait partie considère comme mauvaises et que la loi à laquelle il est soumis réprime par telle ou telle sanction.

Ce qui frappe le plus incontestablement, lorsqu'on commence d'approfondir la notion d'état dangereux, c'est son élasticité, son indétermination qui semble conduire à la plus large discrétionnalité dans ses applications. Il est extrêmement difficile de fournir au juge des critères positifs pour apprécier dans chaque cas particulier l'état de danger de l'agent. Rappelons par exemple ceux que proposait De Asúa (4) : 1°) la personnalité de l'homme sous son triple aspect anthropologique, psychique et moral ; 2°) la vie antérieure au délit ou à l'acte dangereux ; 3°) la conduite de l'agent postérieure au fait délictueux ou à l'activité dangereuse ; 4°) la nature des motifs ; 5°) le délit ou l'acte qui révèle l'état dangereux. Ces critères ont paru si complexes et incertains que des auteurs comme Felipe Gil et Jimenez de Arechaga (5) en ont conclu qu'il fallait mettre de côté « la dangereuse notion de défense sociale » et se borner d'une part à la tutelle juridique résultant de l'application du droit pénal aux délinquants, et d'autre part à la prophylaxie sociale extra-juridique tendant à lutter contre les facteurs de démoralisation et à soigner certaines catégories de dégénérés. Ils n'en reconnaissent pas moins que certains individus considérés comme dangereux échappent au droit pénal et ne sont pas touchés par la pro-

(4) El estado peligroso, p. 52.

(5) Op. cit., p. 55, adde Soler, « Exposicion y teoria del estado peligroso », p. 119-180.

phylaxie. Aussi, devons-nous examiner si cette objection est dirimante et, plus simplement, si on ne peut pas la retrouver dans d'autres pratiques juridiques du système classique lui-même.

L'étude de la personnalité humaine est sans doute hérissée de difficultés et nous partageons le sentiment de M. Saleilles (6) que, si soucieux que l'on puisse être de la sécurité sociale, mieux vaudrait encore courir le risque d'être volé que celui d'être mis sous les verrous sur la mine et uniquement parce que la nature vous aurait doué d'une mâchoire, d'une lèvre ou d'un crâne réalisant le type criminel décrit par Lombroso, à quoi M. Cuche répond d'ailleurs « que les positivistes italiens n'ont jamais sérieusement proposé d'appliquer une peine à des individus qui n'ont pas encore commis un crime, sous prétexte qu'ils offrent tous les stigmates des criminels » (7). Mais ces tares physiques ou anatomiques ne peuvent-elles être un indice des prédispositions criminelles lorsqu'elles sont corroborées par d'autres symptômes, relevés dans la vie psychique, affective ou active du sujet ? De même il n'est pas facile de pénétrer dans la zone intermédiaire entre les bien portants et les fous où se trouvent tous ces dégénérés, névrosés, névropathes, hystériques, épileptiques, imbéciles, à propos desquels nous avons rappelé le dilemme de Prins : « les supprimer dans l'intérêt du surhomme, ou les conserver, mais alors les protéger » (8). Le professeur Julliot de la Morandière, ardent défenseur de la légalité des délits, a noté que des défectueux il y en a partout : « il y en a parmi les imbéciles et parmi les intellectuels ; on peut citer des cas illustres : Pascal, Rousseau, Edgar Poe, Baudelaire ; mais, s'ils sont des candidats au crime, ils ne sont que des candidats. Il n'y a en définitive dans leur sort aucune fatalité. Ce sont des excessifs, mais ils peuvent aller à l'extrême du bien comme du mal... Dès lors, à leur égard, une mesure de sûreté ne s'impose pas avec évidence tant

(6) L'individualisation de la peine, p. 111.

(7) Traité de science et de législation pénitentiaire, p. 55.

(8) Prins, op. cit., p. 155.

qu'une preuve de leur activité criminelle n'a pas été donnée par un acte délictueux » (9).

Mais le rapport médical ne sera qu'un des multiples éléments qui permettent de déterminer l'état dangereux. Et si un ensemble d'éléments matériels ou psychologiques, déterminé par le genre de vie, l'observation de la condition pathologique ou intellectuelle de l'agent, ou encore des circonstances spéciales font apparaître le sujet comme incontestablement dangereux, faut-il vraiment attendre qu'il ait commis un attentat sur la personne ou sur les biens de ses semblables pour le soumettre aux mesures de protection sociale que son individualité nécessite ? Il semble bien que la réponse doive être négative.

Au reste, la règle « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », élevée à la qualité de dogme intangible par les écoles individualistes, ne s'est-elle pas depuis longtemps effritée sous les nécessités de la pratique ? Il suffit de se rapporter aux discussions du IV^e Congrès de l'Association Internationale de droit pénal, tenu à Paris en 1937, autour de la question de la légalité des délits, pour se convaincre qu'elle est largement battue en brèche (10). L'infraction tend à perdre le caractère de précision qui, autrefois, était le sien. M. Marc Ancel, par exemple, note (11) que le législateur a cessé de doser non seulement la peine que l'on demande au juge d'individualiser autant qu'il le peut, mais souvent les éléments mêmes de l'infraction. De plus en plus s'introduisent dans le droit criminel des « notions de valeur » et l'infraction ne repose plus seulement sur un fait précis, extérieur, contrôlable, mais sur une notion nécessairement subjective et laissée à l'appréciation du juge. Les textes sur les actes de nature à nuire à la défense nationale en sont une nouvelle démonstration. Voici la rédaction du décret du 1^{er} septembre 1939 (12) : « dès que la mobilisa-

(9) De la règle « *nulla poena sine lege* » Thèse. Paris, 1910, p. 91.

(10) Cf. les rapports publiés par la Revue Internationale de droit pénal, 1937, auxquels nous faisons de larges emprunts.

(11) Revue Internationale de droit pénal, 1937, p. 248.

(12) Journal Officiel du 5 septembre 1940, p. 11.192.

tion générale est décrétée, il est interdit de publier par l'un des moyens énumérés à l'art. 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, toute information de nature à favoriser les entreprises d'une puissance étrangère contre la France ou à exercer une influence fâcheuse sur l'esprit de l'armée et des populations ». Le décret ne précise pas plus ce qu'on doit entendre par « information » que le code ne spécifie dans l'article 330 ce que veut dire la qualification de publique de l'outrage à la pudeur, à propos de laquelle la jurisprudence a dû donner successivement plusieurs interprétations (13).

N'est-ce pas dans le même esprit que la loi du 20 juillet 1940 modifiant l'article 4 de la loi du 27 mai 1835 définit désormais les souteneurs « ceux qui, de manière quelconque, aident, assistent ou protègent le racolage », simplement ? (14)

La loi, comme toute chose humaine, est imparfaite. Elle contient, malgré tous les efforts que le législateur a déployés pour la rendre complète, des lacunes et ce sont justement ces lacunes qui sont fréquemment utilisées par les délinquants pour se faufiler impunis par le tamis du code pénal.

Si la définition de l'état dangereux est nécessaire pour que les individus sachent ce qui est permis et ce qui est défendu, on ne saurait exiger des catégories casuistiques, des énumérations trop concrètes de cas ou types dangereux qui ouvriraient toute grande la porte à d'autres manifestations possibles non prévues et qui feraient manquer leur but aux réformateurs. Or, il est très possible d'énumérer dans le code, avec un caractère général, les manifestations d'aspect dangereux, prévoir autant que possible les circonstances diverses à prendre en considération, et préciser les méthodes d'application afin de pallier ainsi une excessive généralisation des cas d'intervention dans la conduite humaine.

Nous voici alors en présence de la deuxième objection

(13) Julliot de la Morandière. Thèse précit., p. 64.

(14) Gazette du Palais du 17 au 22 août 1940.

de M. Garçon : la crainte de l'arbitraire judiciaire et gouvernemental. « Ai-je besoin de rappeler ici les protestations élevées contre les lettres de cachet de l'Ancien Régime ? », disait M. Julliot de la Morandière (15) son disciple.

Devons-nous penser que la notion de défense sociale conduit à un état d'arbitraire comparable à celui de l'Ancien Régime et promet d'être un vaste instrument de despotisme pour des gouvernements déterminés ?

« Dans l'ardeur que suscitent les conflits politiques, le parti au pouvoir ne manquera pas de trouver parmi ses adversaires une foule de dégénérés bons à enfermer », ironisait le professeur Garçon au Congrès de Bruxelles en 1910 (16). Mais nous ne sommes plus au temps où l'on pouvait voir exprimer des résolutions comme celle des membres de la Tournelle du Parlement de Normandie faisant part au Chancelier d'Aguesseau de leur volonté « de traiter l'accusé qui a abattu un chêne comme celui qui a tué un homme. » (17). Le principe « nullum crimen, nulla poena sine lege » fut consacré par la Révolution en réaction des abus du pouvoir judiciaire. Les principes passent de mode et nous vivons à une époque où de tels abus ne sont plus à craindre. Ainsi que l'a noté Prins, « nous ne devons pas perdre de vue que nous possédons des garanties morales qui sont une acquisition définitive de la culture et de la civilisation. Le juge moderne a pour les individus un respect qui est entré dans les mœurs et lui inspire des scrupules qu'on ne doit pas ignorer » (18). Aussi, ce juge ne saurait-il retenir parmi les faits qui ont échappé à la prévoyance du législateur que ceux qui répugnent à l'ensemble du groupe social intéressé.

N'oublions pas en outre que les tribunaux sont soumis au contrôle de la Cour de Cassation. Rappelons à ce propos l'opinion d'un grand juriste — G. Renard — qui, dans ses conférences à l'Université de Nancy, enseignait que

(15) Thèse cit., p. 52.

(16) Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1910, p. 1270.

(17) Revue Internationale de droit pénal, 1937, p. 138.

(18) Op. cit., p. 136-137.

« logiquement toute erreur de droit étant une ouverture à pourvoi en cassation, toute décision de justice doit pouvoir être frappée de recours en cassation pour cause de mal jugé, car tout acte juridictionnel, même la décision d'espèce, tranche une question de droit (19).

Les criminalistes modernes ne se soucient donc plus de lutter contre l'arbitraire des juges mais de réagir contre la rigidité des textes de loi dont l'application stricte n'est pas toujours sans inconvénient. M. Le Poitevin a pu dire que si les lettres de cachet s'étaient introduites dans la pratique, c'est surtout parce que l'on avait compris qu'il y avait des mesures à prendre contre l'état dangereux (20). Et le principe de la liberté individuelle, tel que certains le présentent, repose sur un excès d'individualisme, car ce même principe peut aussi bien conduire à écarter la règle puisque la victime d'un délit non prévu demeure sans défense.

En somme, dans le droit pénal préventif tel que nous l'envisageons, avec pour point central l'auteur dangereux en vertu de ses traits innés ou acquis et de l'influence des facteurs mésologiques, le symptôme des traits dangereux déterminant l'action préventive consisterait aussi bien dans l'activité préparatoire que dans l'acte témoignant de la volonté de commettre un délit et, finalement, dans l'acte qui n'indique pas encore un délit mais qui permet de supposer que l'individu en question est dangereux pour la société.

Prenant le contre-pied des idées de Rousseau, il faudrait poser que la liberté d'être bon ou mauvais n'est pas quelque chose que l'homme apporte avec lui en naissant — les prédispositions des enfants si souvent constatées par les éducateurs en sont une preuve — mais un bien qu'il obtient après sa venue au monde, grâce à la bonne volonté de l'Etat et dans la mesure et de la manière déterminées par ce dernier. L'Etat doit donc posséder le droit de punir des actions qui n'auraient pas été défendues par un texte de loi, car, ainsi que le disait Prins, « la loi ne crée pas le

(19) Le droit, la logique et le bon sens, 1925. Dernière leçon.

(20) Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1910, p. 945.

délit. Elle reconnaît son existence, mais le délit est la violation d'un principe indépendant et qui est au-dessus de la prescription du texte législatif » (21). De même, note le Professeur uruguayen Carlos Salvagno Campos, qu'il serait ridicule de soutenir qu'une maladie éternelle d'un être vivant ne pourra être considérée comme telle qu'à partir du moment où les spécialistes en découvriront le bacille et y chercheront un remède, de même il serait ridicule de dire que l'acte préjudiciable ne constitue un délit que lorsque la législation le découvre et tâche d'y porter remède (22).

Il est incontesté qu'il existe des actes dont personne n'ignore les effets préjudiciables et que la loi estime impossible de punir bien qu'elle réprime des infractions analogues, ce qui risque de nous conduire à un droit antisocial permettant de causer tous les torts injustes que la loi n'a pas encore réussi à prévoir. « Une législation, proclamait au M^e Congrès international pénal et pénitentiaire tenu en 1935 le Docteur Gurtner, qui se contente de punir celui qui enfreint une prescription pénale écrite ne peut atteindre que d'une façon toute relative l'objectif de la justice : elle force le juge à abdiquer chaque fois que l'esprit inventif du criminel a trouvé de nouvelles voies non prévues par les auteurs de la loi. Or, le juge doit attendre que le législateur, en modifiant la loi en vigueur jusque-là, ait décidé que dorénavant il ne supportera plus qu'on recoure à cet expédient. L'expérience enseigne qu'aucun législateur ne peut ni prévoir ni régler d'avance tous les faits contre lesquels il envisagerait une peine s'il était omniscient. Mais la véritable justice exige que l'acte punissable n'échappe point à son châtiment pour la seule raison que le texte de la loi est rédigé de telle façon ; elle exige que la peine s'applique même dans le cas où la législation a laissé subsister une lacune qu'il aurait comblée s'il y avait pensé. »

A l'aide de la logique, le scélérat d'aujourd'hui fait,

(21) Science pénale et droit positif, n^o 66.

(22) Revue Internationale de droit pénal, 1928.

en effet, des combinaisons diaboliques pour que son acte ne puisse pas rentrer sous une certaine norme de la loi et il trouve, très souvent aussi, sa sécurité dans la bonne volonté qu'apportent les juristes praticiens à le faire bénéficier de conseils qui ne sont pas faits pour satisfaire la moralité et l'équité.

Nul n'ignore que, notamment en matière de vol, d'escroquerie, de tromperie, d'usure, il arrive souvent que le juge ne peut condamner l'auteur de faits contraires à la probité parce qu'ils ne présentent pas tous les caractères requis pour tomber sous le coup de la qualification pénale. Au cours de mes premières années au barreau de Paris, il m'a été personnellement donné de suivre comme avocat de la défense deux dossiers illustrant typiquement ces insuffisances de notre législation.

Le premier visait un couple inculpé d'infanticide, après qu'on eût découvert dans la chambre de la femme un cadavre d'enfant momifié. Celle-ci avait aussitôt avoir accouché de cet enfant trois ans auparavant et accusait son ancien ami de l'avoir étranglé en naissant. Ce dernier, arrêté, protesta de son innocence, arguant — ce qui fut vérifié — que personne n'avait connu cette grossesse dont parlait l'inculpée, alors que, pour les deux autres enfants qu'il avait eus précédemment d'elle, son état avait toujours été révélé aux voisins et aux parents. La strangulation ne pouvant être prouvée par l'autopsie, vu l'état de momification du petit cadavre, et la psychiatrie légale ayant déclaré la femme saine d'esprit, le Parquet conclut à un non-lieu, ne pouvant même pas retenir le recel de cadavre puisque l'article 359 du code pénal exige pour ce crime la constatation d'une volonté homicide dont la démonstration était impossible. Et pourtant il y avait un corps de délit et des présomptions graves.

La seconde affaire que je vais résumer est encore plus frappante car, à la différence de la première, elle ne présente aucune obscurité. Sur dénonciation, la police avait arrêté un groupe de jeunes dévoyés étrangers, soupçonnés de se livrer à la fabrication de la fausse monnaie. Effectivement, un cliché devant servir à la fabrication de billets de banque fut découvert chez l'un des prévenus. Seule-

ment, ce dernier, artiste déclassé, prétendit qu'il poursuivait des expériences à caractère purement scientifique destinées à lui faire acquérir une maîtrise qui le ferait commander par des collectionneurs. Comme par ailleurs l'expertise révéla qu'il manquait au cliché saisi une des couleurs que renfermaient les filigranes du billet à imiter, permettant ainsi de soutenir qu'il n'y aurait eu que des actes préparatoires et non commencement d'exécution, le magistrat instructeur dut, à son grand regret, avouer lui-même que l'affaire « ne tenait pas », bien que le principal inculpé n'eût pas nié son intention délictueuse lors du premier interrogatoire. C'était la fatigue et aussi un désir de vengeance contre un des co-inceps, qu'il soupçonnait être le dénonciateur, qui étaient cause de cet aveu, devait-il déclarer par la suite.

Je ne mets en avant ces expériences personnelles que pour montrer à quel point il est courant de voir des individus, bien que surpris en marge de la loi pénale, échapper à toute sanction. Que l'on songe combien un état de crise politique et économique peut inciter certaines personnes à se livrer à des agissements susceptibles de les enrichir facilement aux dépens d'autrui, alors qu'en période normale de tels agissements ne seraient pas à craindre faute d'intérêt pour celui qui s'y livrerait. Les bouleversements de l'après-guerre 1914-1918 en ont fourni d'ailleurs maints exemples. Les esprits ne risquent-ils pas de se révolter devant un tel scandale, et faut-il se contenter de laisser les juges torturer les textes pour s'affranchir des lisières de l'interprétation restrictive ? N'est-on pas conduit à méconnaître toujours davantage le principe « nullum crimen, nulla poena sine lege » ? C'est bien ce qu'ont fait de nombreux codes étrangers. Rappelons les formules du code soviétique permettant au juge de condamner selon les principes généraux toute action socialement dangereuse, même si elle n'est pas prévisible par analogie (23), et du code hitlérien prévoyant que sera puni celui qui commet un fait qui est déclaré punissable par la loi ou qui mérite une

(23) Donnedieu de Vabres, op. cit., p. 158.

punition d'après le sentiment sain du peuple (24). Même le droit classique, remarquait Prins (25), en arrive, par la force des choses, à abandonner le terrain de la responsabilité individuelle pour incliner vers l'idée de défense sociale ; il en est ainsi dans les cas que l'école classique appelle délits involontaires, délits non intentionnels, dans les délits d'inaction, dans les cas de violation matérielle de la loi. Pourquoi ne pas achever ce mouvement d'idées en posant comme base de notre législation pénale que ce qui mérite châtement, c'est moins la violation d'un texte législatif que l'atteinte portée aux droits de la communauté ou d'autrui ? Dès lors qu'une telle atteinte se manifeste, il y aurait lieu de prendre les mesures que nécessite la nocuité de l'agent ; c'est ce que semble imposer, devant nos moyens inefficaces, la criminalité qui ne désarme pas.

Il y a d'autres raisons à faire valoir, d'ailleurs, pour écarter les objections du Professeur Garçon. D'abord, les profondes différences existant entre la peine et la mesure de sûreté ne permettent pas de les confondre et, par suite, les critiques des libéraux ci-dessus rappelées ne valent pas d'office pour l'une comme pour l'autre. La peine est une réaction de la Société contre l'auteur d'une infraction, consistant dans un mal, une souffrance atteignant le délinquant soit dans sa personne, soit dans ses biens, soit dans sa considération. Au contraire une large place est faite, avec la mesure de sûreté, à l'intérêt du fautif qui, si l'on ne prend pas contre lui une attitude de protection, commettra l'infraction d'où découlera la peine. Ainsi le camp de travail assurera au vagabond la vie matérielle et la réadaptation au travail ; l'intoxiqué sera guéri de ses tares physiques en séjournant dans une maison de santé. Il ne s'agit pas de simples mesures de préservation mais d'assistance ; la Société remplit un devoir de solidarité : au lieu de combattre des passions humaines, elle apaise des souffrances. L'idée traditionnelle était que les citoyens doivent être protégés contre la peine, l'idée nouvelle est que

(24) Annuaire de législation étrangère, 1938, p. 85.

(25) Bullet. de l'Union Internat. de droit pénal, 1909, p. 489.

les individus dangereux doivent être protégés contre eux-mêmes. Pourquoi y a-t-il des peines, pourquoi y a-t-il des mesures de sûreté ? Parce que, en présence de la grande complexité morale que constitue l'être humain, la Société ne peut combattre le délit à l'aide d'une seule mesure. Mais la mesure de sûreté, qu'elle constitue un traitement, une mesure éducative ou une simple garantie, est l'antithèse de la peine.

M. Chéron a nettement marqué leurs différences (26) : la peine est utilitaire et morale, alors que la mesure de sûreté n'est qu'utilitaire. La première réprime surtout le trouble causé à l'ordre social et tend à enrayer la contagion par l'exemple, elle est appliquée « quia peccatum est ». La seconde ne recherche que l'amendement « ne peccetur ». La peine ne pourra frapper qu'un coupable, elle ne pourra être infligée que s'il y a eu faute commise ; la mesure de sûreté ne reposant que sur l'utilité sociale, exige seulement l'existence d'un danger social. La peine doit être adaptée au fait, elle doit être dosée d'après la faute commise ; la mesure de sûreté, au contraire, n'est proportionnée qu'à la nocuité de l'agent et ne peut cesser qu'avec la nocuité de l'agent. Les mesures de sûreté ne reposant que sur l'existence du danger social, il n'y a pas lieu de se demander si elles furent édictées avant ou après la naissance de ce danger, tandis que le châtement n'est encouru que si l'acte violait la loi morale telle qu'elle était déterminée au moment de son exécution par les lois existantes. Enfin, à la différence de la peine qui est ignominieuse et infamante, la mesure de sûreté ne vise qu'à assurer la sécurité de l'avenir en réprimant des prédispositions anti-sociales et indéterminées.

Cette analyse permet de comprendre que le régime des mesures préventives ne soit pas enfermé dans le cadre rigide de la règle « nullum crimen, nulla poena sine lege ».

Enfin, si l'on écarte les mesures de sûreté *ante delictum*, on risque d'être conduit, pour assurer à la société la protection nécessaire, soit à développer dangereusement

(26) Thèse citée, p. 74.

les droits de la police, soit à créer des délits plus ou moins factices.

D'après Enrico Ferri, la prévention directe pourrait être réalisée par les règles et les formes de la police de sûreté (27). Ainsi seraient de simples mesures de police l'interdiction de fréquenter tel lieu déterminé, de sortir de sa maison pendant la nuit, la caution de bonne conduite, le domicile forcé, la suspension du droit d'exercer un métier, la déchéance de la puissance paternelle, l'internement des fous, des alcooliques, des intoxiqués, l'état de danger social ayant pour fonction de justifier la mesure de police, l'état de danger criminel l'intervention de la justice pénale. Mais, suivant l'expression de Jimenez de Asúa (28), abandonner à l'administration le soin d'appliquer les mesures *ante delictum* est « une véritable désertion », car le meilleur moyen de défendre les droits individuels c'est de confier au pouvoir judiciaire cette fonction préventive qu'il ne faut jamais abandonner à la police. C'est pourtant la solution qui a prévalu en Italie avec la loi de sécurité publique du 18 juin 1931 (29). Les mesures de police, en vertu de cette loi, s'appliquent aux personnes « dangereuses pour la Société », comme il est dit dans l'énoncé du titre VI, ou aux personnes « dangereuses socialement », article 164, ou encore aux personnes « dangereuses pour la sécurité publique », article 184. Entrent dans la sphère d'activité de la police de sûreté les personnes dont le caractère dangereux peut se déduire autrement que par la commission de faits prévus par la loi pénale, et la « pericolosità » comprend l'appréciation de la conduite personnelle en général... Ainsi, d'après cette loi, la police peut soumettre à l'admonition et au confino, outre les délinquants habituels désignés par la publique renommée, les mauvais garçons suspects de vivre du profit d'actions délictuelles, et les personnes désignées par la publique renommée comme dangereuses pour la Société ou pour les

(27) Revue Internat. de droit pénal, 1^{er} sem. 1927, p. 65.

(28) Op. cit., p. 128.

(29) Cf. l'article « Sicurezza publica », au Nouveau digeste italien (1939) et Manzini. Traité de droit pénal 1933, N° 66 et s.

institutions politiques de l'Etat, même si elles n'ont jamais été condamnées pour délit ou contravention. Et notons que l'autorisation du ministre de la justice est nécessaire avant qu'on puisse intenter des poursuites contre des officiers ou agents de police pour faits accomplis dans l'exercice de leur fonction. C'est la même solution qui a été adoptée en France par la législation de guerre de 1939 : en des termes bien plus vagues encore que la fameuse loi des suspects dont Merlin de Douai donna lecture le 17 septembre 1793 (30), le décret-loi du 18 novembre 1939, « relatif aux mesures à prendre à l'égard des individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique » (31) décide que sur décision du préfet, ils pourront être éloignés par l'autorité militaire des lieux où ils résident et, en cas de nécessité, être astreints à résider dans un centre désigné. Un décret-loi du 29 novembre 1939 (32), relatif à son application, institua une commission de vérification composée d'un conseiller d'Etat, d'un conseiller à la Cour de Cassation et d'un inspecteur général des services administratifs, toute décision prise en application du décret du 18 novembre restant immédiatement exécutoire. Bien mieux, la loi du 3 septembre 1940 (33) arrête que les individus visés par le décret du 18 novembre 1939 pourront, sur décision prise par le préfet, conformément aux instructions du Gouvernement, être internés administrativement dans un établissement spécialement désigné et supprime l'application du décret du 29 novembre 1939. Que nous sommes loin des protestations soulevées par l'affaire Hanotaux, à propos de laquelle la Cour Suprême rendit au reste un arrêt (34) affirmant que le préfet de police ne commet aucune faute en ordonnant, à l'égard de l'auteur d'une lettre contenant des menaces de mort envers un tiers, des mesures préventives destinées à l'empêcher de réaliser son dessein. Rapprochons l'arrêt rendu par la chambre cri-

(30) Desaihs du Portail. La loi des suspects. Thèse, Rennes 1938.

(31) Journal Officiel du 19 nov. 1939, p. 13218.

(32) Journal Officiel du 30 nov. 1939, p. 13516.

(33) Journal Officiel du 4 septembre 1940.

(34) Req. 3 nov. 1924. Dalloz, 1925-1-33.

minelle de la Cour de Cassation le 4 janvier 1935, confirmant la décision ordonnant la fermeture d'une officine pharmaceutique dont l'exploitant n'était pas muni des diplômes requis, bien qu'aucun texte de loi n'autorise les tribunaux à prescrire cette fermeture, « parce que il importe au plus haut point dans l'intérêt de la santé publique qu'une officine illégalement ouverte puisse être fermée » (35). Les protestations contre les moyens prétoriens sont toujours vaines lorsque le danger social est par trop grand. Ou bien, pour les éviter, nous sommes amenés, comme dans notre législation de droit commun, à asseoir l'ordre public sur des délits purement artificiels comme le vagabondage et la mendicité. Les peines dont nous assortissons ces infractions sont exclusivement préventives puisqu'il ne s'agit que de suspects dans lesquels on frappe moins le spectacle quelque peu démoralisant d'une vie oisive et irrégulière, que les crimes éventuels auxquels cette vie peut conduire. La paresse n'est un délit que pour le pauvre, et un domicile certain n'est pas exigé des gens fortunés. Et pourtant l'expérience a démontré, de la manière la plus décisive, l'inefficacité des peines pour extirper la plaie du vagabondage et de la mendicité, tandis que l'internement dans une maison de travail devrait permettre à ces individus de se réformer. De même l'ivresse est simplement un état pathologique qu'au lieu de sanctionner par une amende ou quelques jours de prison, il vaudrait mieux s'efforcer de guérir dans un asile de buveurs.

Evidemment ces mesures d'assistance ont un caractère spécial en ce sens qu'on ne peut s'y soustraire, et elles sont donc une violation de la liberté individuelle, mais elles sont indispensables dans l'état actuel de notre société. Pour éviter qu'elles donnent naissance à l'arbitraire gouvernemental ou policier nous préconisons l'intervention en cette matière de l'autorité judiciaire, pour leur prononcé comme pour leur application. Mais ceci nous amène à l'objection de la séparation des pouvoirs qui nous retiendra moins longtemps.

(35) Gazette du Palais, 1935-I-301.

CHAPITRE II

LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

C'est encore le législateur révolutionnaire qui a posé le principe que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourraient, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs » (Décret du 16-24 août 1790).

N'est-ce pas justifié au reste, par la différence de nature qui sépare le pouvoir de juger de celui d'administrer ? (1). Un administrateur doit vouloir et apprécier l'opportunité, un juge doit simplement comparer un fait avec une norme. Le fonctionnaire administratif doit être dans la main de l'Etat, le juge ne doit dépendre que de sa conscience. L'acte d'un administrateur est créateur, la justice ne fait que constater une situation préexistante. L'administration a un pouvoir d'initiative, la justice doit être sollicitée. On ne saurait donc comparer la justice à une administration quelconque.

C'est en vertu de ces règles que l'on distingue, en France, la police judiciaire — qui a pour tâche de rechercher, après l'infraction, les renseignements de nature à éclairer la justice et à préparer le jugement — de la police administrative qui a pour mission de prévenir les délits (2). Voici comment le code du 3 Brumaire an IV définissait la police et sa mission : « la police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté

(1) Cf. Crubézy. La séparation des pouvoirs. Thèse, Montpellier, 1938, p. 80.

(2) Garraud. Instruction crim. et procédure pén. T. 2, N° 678.

individuelle. Elle se divise en police administrative et en police judiciaire. La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public ; elle tend principalement à prévenir les délits. La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir ». Mais cette distinction est depuis longtemps battue en brèche. Au cours d'une discussion relative à l'organisation de la police, qui eut lieu à la Société Générale des prisons, M. Paul Kahn montra qu'on ne pouvait écarter la police administrative d'une enquête judiciaire dont bien souvent elle aura recueilli les matériaux, ni lui refuser le droit de constater des infractions qu'elle avait découvertes à l'occasion de sa mission (3). Pourquoi donc la justice, en dépit de sa mission essentiellement répressive, ne pourrait-elle pas, dans les conditions réglées par la loi, participer à la prévention des crimes ? Voici comment M. Azana s'exprimait, sur ces questions, au Congrès de Paris tenu en 1937 : « au point de vue théorique on nous présente comme un épouvantail le principe de la séparation des pouvoirs, et on crie à sa violation par la prétendue immixtion du pouvoir judiciaire dans les attributions qui touchent au pouvoir administratif. Si nous rendons tous hommage à ce principe qui, depuis Montesquieu, constitue le pivot des constitutions modernes, il faut se rendre compte que cette séparation n'est pas faite par des murailles comme celles de la Chine. A des maîtres tels que vous, il ne faut pas s'attarder à expliquer combien de fois l'autorité administrative pourvoit en des matières qui devraient, si le principe était appliqué avec rigueur, être réservées à l'autorité judiciaire et combien de fois l'autorité judiciaire accomplit des fonctions à caractère administratif » (4).

D'ailleurs remarquons que si la Révolution a réalisé la séparation absolue des pouvoirs, comme semblait le vouloir Montesquieu, les constitutions que la France s'est don-

(3) Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1920, p. 22 et s.

(4) Actes du congrès, p. 383.

nées à partir de l'An VIII ne parlent même plus du pouvoir judiciaire (5) si bien que nos juristes ont longuement discuté sur le point de savoir si la juridiction constitue bien un pouvoir séparé. L'opinion semble aujourd'hui prédominer : si M. Esmein admet que la justice est un pouvoir séparé (6), pour M. Duguit « la question qui fait de la fonction de juger une fonction tout à fait distincte de la fonction législative, exécutive et administrative, ne prouve pas qu'il puisse y avoir un pouvoir judiciaire autonome » (7), et il conclut que la juridiction est seulement une partie de la fonction administrative, soumise à un régime et à des formes spéciales. « Il n'y a qu'une coopération de services publics » (8). Quant à M. Berthélemy, il estime que « faire les lois, les faire exécuter sont deux termes entre lesquels il n'y a pas de place à prendre ; cet acte particulier : interpréter la loi en cas de conflit, fait nécessairement partie de cet acte général : faire exécuter la loi (9). Si bien qu'un auteur comme De La Bigne de Villeneuve, conclut : « Mal construite, mal dénommée, plus mal interprétée encore, la théorie de la séparation des pouvoirs est l'une des manifestations les plus caractéristiques de la crise du sens commun dans des esprits d'ailleurs érudits et élevés » (10).

Avec de telles cautions est-ce que la cause n'est pas entendue ?

Et du reste nous savons tous qu'une juridiction peut faire aussi des actes administratifs, et ceci au civil comme au criminel : le juge n'exerce-t-il pas certains pouvoirs de tutelle qui pourraient aussi bien être confiés à un fonctionnaire de l'ordre administratif ? Lorsque le tribunal homologue les décisions prises en matière d'aliénation d'immeuble ou de transaction par le conseil de famille d'un incapable, par exemple, est-ce qu'il n'y a pas là établissement, modification ou suppression d'une situation de droit sub-

(5) Crubézy. Thèse cit. p. 75.

(6) *Eléments de droit constitutionnel*, p. 540.

(7) *Traité de droit constitutionnel*, p. 687.

(8) *Ibid.* II-59.

(9) *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 111.

(10) *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, p. 127.

jectif ou naissance d'une situation de droit objectif, c'est-à-dire un acte administratif qu'un simple mandataire analogue aux administrateurs séquestres pourrait faire ? Et lorsqu'un tribunal décide que la détention préventive ne sera pas imputée sur la durée de la peine, n'y a-t-il pas qu'un acte d'administration judiciaire : comme le note M. Cuhe (11), aucun conflit n'est possible et le délinquant ne peut prétendre qu'il a droit à l'imputation, c'est une faculté dont use le tribunal une fois la condamnation prononcée. Personne ne nie cependant, ajoute-t-il, que la non imputation soit une aggravation de la peine et ainsi se pose la question de savoir s'il n'y a vraiment droit pénal que là où intervient un véritable acte de juridiction.

Les conceptions exposées dans les récents congrès sur le rôle du juge pénal sont significatives de la méconnaissance actuelle du principe de séparation. Personne ne conteste plus aujourd'hui au juge des tribunaux pour enfants le droit de surveiller les effets des mesures de protection et de rééducation dont sont l'objet les mineurs. M. le Professeur Louis Huguency, au Congrès pénitentiaire de Berlin en 1935 (12) a souligné que l'idée de donner au juge pénal la haute main sur l'exécution des peines devait venir naturellement à l'esprit des positivistes pour qui le criminel se rapproche du malade et le juge du médecin et à ce même congrès fut affirmée la nécessité de l'intervention de l'autorité judiciaire dans l'application des peines. Le 4^e Congrès International de droit pénal (Paris, 1937) devait se prononcer pour la juridictionnalisation des mesures de sûreté (13). Les codes avaient d'ailleurs suivi la doctrine nouvelle : l'article 205 du code pénal italien (14) précise que « les mesures de sûreté sont ordonnées par le juge dans la sentence même de condamnation ou d'acquiescement. Elles peuvent être ordonnées ultérieurement : 1^o) en cas de condamnation pendant l'exécution de la peine, ou pendant le temps où le condamné se soustrait volontaire-

(11) Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1912, p. 1181.

(12) Actes du congrès, 1^{re} question.

(13) Actes du congrès, 5^e question.

(14) Code pénal du Royaume d'Italie par Casabianca, 1932.

ment à l'exécution de la peine ; 2°) en cas d'acquiescement, si la personne est présumée socialement dangereuse et s'il ne s'est pas écoulé plus de temps que n'en comporte la durée minima de la mesure de sûreté à appliquer ; 3°) en tous temps dans les cas spécifiés par la loi.

La loi allemande du 24 novembre 1933, qui adopte de nombreuses mesures de sûreté pour lutter contre les criminels dangereux ne fait pas exception et prévoit que toute mesure de sûreté sera prononcée par les tribunaux (15).

Ainsi sont évités les conflits entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative souvent guidée par des préoccupations pécuniaires (16) et n'ayant ni les mêmes éléments ni les mêmes facultés d'appréciation. Ainsi échapperions-nous également au grief formulé par une voix particulièrement autorisée, celle de M. Paul Matter déclarant au Congrès de Bruxelles que « l'antique justice ne doit pas être remplacée par un rond de cuir ».

Grâce à toutes ces tendances, nous allons peut-être vers ce droit de l'avenir qu'annonçait Dorado Montero (17), où les fonctions des juges seront des fonctions d'hygiène sociale (dans laquelle la thérapeutique sera comprise), fonctions dont la forme et le mode devront être les mêmes que ceux dont font aujourd'hui usage (certainement avec moins d'habileté et de prudence que celles qu'on doit attendre de magistrats formés ex professo, avec une culture des plus vastes) les autorités administratives ». Par transposition, les magistrats, médecins du corps social, diront alors qu'il n'y a pas de délits, mais seulement des délinquants — le cas pénal étant abstrait par le cas humain. Nous allons voir dans notre deuxième partie que déjà, en effet, des législations ont admis les moyens de sûreté *ante delictum* dans une certaine mesure.

(15) Béraud, Thèse citée.

(16) Mettray « Maison des supplices », par A. Danan, 1936.

(17) El Derecho protector de los criminales, 1915, p. 418-19.

DEUXIÈME PARTIE

« Le droit d'intervention dans la conduite des criminels commence quand germe en eux la corruption, et non pas seulement quand ils ont déjà donné des preuves d'une corruption sans espoir. »

J. RUSKIN (The Queen of the air).

LES APPLICATIONS (1)

Quelle est, à l'heure actuelle, la répercussion de cette notion d'état dangereux sans délit sur le droit pénal en vigueur, quelles sont les solutions qui ont été adoptées par les législateurs qui l'ont mise en œuvre, c'est ce que nous allons examiner.

Nous distinguerons, pour plus de clarté, d'une part les applications encore théoriques, c'est-à-dire les projets de code pénal qui ont intégré la prévention *ante delictum* dans leur construction, Code pénal international de Cosen-tini, Projet Argentin de 1932, Projet Cubain de 1926 qui, à notre connaissance, sont les seuls à avoir pris en considération la nécessité de corriger préventivement le penchant subjectif au délit avec toute l'ampleur désirable.

Nous verrons ensuite les solutions, presque toujours fragmentaires, qu'a imposées l'état de danger social dans divers pays qui, parfois même sans dégager nettement la

(1) Nous laisserons de côté les institutions relatives aux mineurs, car toutes les législations sont d'accord aujourd'hui pour les faire sortir du droit pénal.

notion d'état dangereux prédélictuel, font application de mesures préventives patrimoniales ou privatives de liberté.

Signalons par avance que, soit par désaffection pour les sciences pénales, soit par excès de traditionnalisme, notre pays n'a pas apporté sa contribution pour solutionner sur le plan pratique cette matière.

CHAPITRE PREMIER

LES APPLICATIONS THÉORIQUES

C'est assurément l'ouvrage de M. Cosentini (1) qui peut donner l'idée la plus précise des transformations que la législation criminelle peut être appelée à subir. Dans ce « Code pénal international », pour l'élaboration duquel la matière de 22 codes et projets de code pénal a été étudiée et fondue, l'auteur s'est en effet proposé « de présenter la synthèse du mouvement doctrinal contemporain et un code type pouvant servir de base de discussion là où n'est pas encore définitivement fixée la législation pénale, dans les pays qui sont en train de la remanier » (2).

Convaincu que le rôle du juge est comparable à celui du médecin et qu'il doit faire la diagnose du mal et trouver les remèdes appropriés à la guérison, il affirme que des mesures de sûreté doivent être appliquées « aux individus qui, en raison de leurs habitudes de vie, de leur aversion au travail, de leur milieu familial et social ont des prédispositions à un état socialement dangereux » (3).

C'est le titre V de son code qui traite des mesures de sûreté.

Dans le chapitre premier, consacré aux mesures de sûreté personnelle, l'article 380 précise que de toute façon la loi pénale déterminera les cas dans lesquels les mesures de sûreté peuvent être appliquées pour un fait que la loi ne prévoit pas comme infraction.

(1) Institut américain de droit et de législation comparée. Etudes et documents. Série française, N° 8.1937.

(2) Introduction, p. VII.

(3) Introduction, p. XIII et art. 380.

L'article 381 donne la définition de l'état socialement dangereux : « Est socialement dangereux tout individu, même non imputable ou non punissable, qui a commis un fait ou se trouve en condition de vie, comme ceux indiqués à l'article précédent, lorsqu'il est probable qu'il commet des faits que la loi punit comme infractions. » Mais l'art. 383, qui vise les mesures de sûreté préventives, indique « qu'elles peuvent être aussi ordonnées en vue de prévenir la perpétration d'une infraction. En ce cas, la constatation de l'état socialement dangereux peut être établi lorsqu'on observe chez l'individu les symptômes suivants : 1) aliénation mentale permanente ou transitoire qui affecte l'usage normal des facultés psychiques ; 2) crétinisme et imbécillité ; 3) ivroquerie habituelle ; 4) narcomanie habituelle ; 5) pratique habituelle du jeu ; 6) vagabondage habituel ; 7) aversion au travail ; 8) esprit de supercherie et de bravache ; 9) mendicité habituelle ; 10) maladies vénériennes ; 11) infractions aux règles de la liberté surveillée qu'on lui aurait imposée ; 12) traite des blanches ; 13) exploitation ou exercice de vices moralement blâmables. En tout cas, le tribunal doit constater les symptômes de l'état dangereux et adopter les mesures les plus appropriées ».

L'article 386 règle la durée des mesures de sûreté « qui est déterminée par la durée de l'état dangereux de l'individu auquel elles s'appliquent. Par conséquent la durée doit être indéterminée et le juge, en tenant compte des circonstances, l'établira cas pour cas, pour chaque individu ».

C'est ainsi que l'article 434 précise qu'à l'expiration de la durée minima établie par la loi pour chaque mesure de sûreté, le juge examine de nouveau les conditions de la personne qui y est soumise, pour constater si celle-ci est encore socialement dangereuse. S'il est démontré qu'il en est toujours ainsi, le juge fixe un nouveau délai pour un examen ultérieur. Cependant, lorsqu'il existe des motifs pour décider que l'état dangereux a pris fin, le juge peut, en tout temps, procéder à de nouvelles constatations. Et l'article 390 énonce : « En cas de soustraction volontaire à l'exécution, la durée minima de la mesure recommence à

courir du jour où cette mesure doit être à nouveau exécutée »

L'article 389 traite des établissements affectés à l'exécution des mesures de sûreté privatives de liberté : dans chaque établissement on adoptera un régime particulier, éducatif ou curatif et de travail en rapport avec les tendances ou les habitudes criminelles et, en général, avec l'état socialement dangereux de la personne.

Les articles 391 et 392 énumèrent les différentes mesures de sûreté, qui se divisent en mesures privatives ou non privatives de liberté personnelle. Les premières sont : 1) le placement dans une colonie agricole ou dans une maison de travail ; 2) l'internement dans une maison de santé ou de garde ; 3) l'internement dans un asile judiciaire d'aliénés ; 4) l'internement dans une maison judiciaire de correction. Les secondes sont : 1) la liberté surveillée ; 2) l'interdiction de séjour ; 3) la défense de fréquenter les auberges ou les débits publics où se vendent des boissons alcoolisées ; 4) l'expulsion de l'étranger ; 5) la soumission au patronage d'une institution désignée par le tribunal.

Comment sont appliquées préventivement ces diverses mesures ?

Article 394 : on placera dans une colonie agricole ou dans une maison de travail : 3° les mendiants et les vagabonds.

Article 395 : ce placement est d'une durée minima d'un an.

Article 396 : dans les colonies agricoles et les maisons de travail les différentes catégories de délinquants ; les mendiants, les vagabonds sont placés dans des sections spéciales.

Enfin article 408 : la liberté surveillée peut être ordonnée : 2° dans le cas où le présent code autorise une mesure de sûreté pour un fait que la loi ne considère pas comme infraction. L'article en précise le régime : le juge imposera à la personne en état de liberté surveillée les prescriptions de nature à lui éviter les occasions de commettre une infraction tombant sous le coup de la loi.

Pour hardi que soit le projet de M. Cosentini, il ne paraîtra qu'un compromis si nous lui comparons le projet argention de 1932. Dans son message au Sénat chargé de l'examiner, le pouvoir exécutif qui le présentait déclarait : « Si les mots gouvernement et défense sociale impliquent l'obligation de prévenir le mal avant celle de châtier les auteurs du mal, il est logique que, là où on peut découvrir un préjudice social en puissance mais qui, en réalité, est agissant, bien qu'il n'arrive pas à cette extrémité de l'acte tombant sous le coup de la loi, comme dans le cas du buveur consuetudinaire, du proxénète, des exploiters du vice..., on puisse recourir aux moyens de défense qui sont l'internement, la rélégalion, le travail, la cure et l'éducation, ou tout au moins la surveillance inhibitoire » (4).

Examinons le texte de ce projet d'état dangereux sans délit (5).

Il commence par énumérer les catégories de sujets dangereux :

Article 1 : seront déclarés en état dangereux 1) les aliénés dont la liberté constituerait un péril social ; 2) les buveurs et toxicomanes consuetudinaires dont la liberté constitue un péril social ; 3) les majeurs de 18 ans qui ont une conduite déréglée et vicieuse de laquelle on peut déduire une inclination au délit qui se traduit par la fréquentation des lieux où se réunissent ces sortes de personnes ou par la fréquentation des maisons de jeux prohibées ou la perpétration réitérée et fréquente de contraventions de police ; 4) les majeurs de 18 ans qui exercent habituellement la mendicité ou exploitent la mendicité des autres ; 5) les majeurs de 18 ans qui exploitent habituellement les jeux défendus ; 6) les majeurs de 18 ans qui vivent habituellement du commerce déshonnête d'une femme ou exploitent d'une manière quelconque la prostitution.

Cette énumération montre qu'il n'y a aucune autorisa-

(4) Gunsburg. Transformations récentes du droit pénal, 1938, p. 83.

(5) Cf. José Peco. La reforma penal en el Senadode, 1933, p.287 et suiv.

tion globale indéterminée pour limiter les libertés individuelles.

Au reste, l'article 2 accorde les garanties de l'organisation judiciaire. « La déclaration de l'état dangereux se fera avec les formalités qu'établissent, pour le jugement pénal, les lois de procédure et après rapport préalable des experts officiels si la nature de la cause le requiert. »

Les articles qui suivent énumèrent les procédés les plus efficaces de défense sociale :

Article 3. — Les personnes comprises dans les paragraphes 1 et 2 de l'article premier seront internées durant un temps dans des établissements adéquats pour leur traitement. Elles ne pourront sortir de tels établissements que par sentence du juge, prononcée d'office ou sur la demande de l'intéressé, à condition qu'il puisse prouver par un rapport d'experts officiels la disparition des causes qui motivèrent la déclaration de l'état dangereux.

Article 4. — Les mêmes personnes pourront être internées, sur leur demande ou celle de leurs parents ou représentants légaux, dans des établissements privés, sans préjudice d'observer pour leur libération les formalités prescrites précédemment.

Article 5. — Les personnes signalées aux paragraphes 3, 4, 5, 6 de l'article premier seront détenues pour un temps indéterminé, non inférieur à un an, dans une maison de travail. Elles ne peuvent sortir de ces maisons que sur décision judiciaire, d'office ou sur demande, et sur avis préalable de la direction en cause affirmant que la conduite observée dans l'établissement permet de présumer des habitudes de travail et de moralité. La sentence imposera au libéré les conditions énumérées en l'article 13 du code pénal et sera valable pour deux ans à partir de la libération. La violation de l'une quelconque de ces conditions entraînera la révocation de la liberté accordée.

Article 6. — La détention entraînera toujours, sauf impossibilité physique, l'obligation au travail, lequel sera rémunéré.

Article 8. — Durant l'accomplissement de la sentence

et compte tenu de la condition du sujet, le juge pourra remplacer les sanctions les unes par les autres.

Article 9. — Les étrangers qui auront été déclarés en état de danger, conformément à la présente loi, pourront être expulsés du pays.

Article 11. — Le pouvoir exécutif fera immédiatement construire les établissements nécessaires pour la mise en application de cette loi.

Le Sénat argentin devait repousser ce texte comme dangereux pour la liberté individuelle et pratiquement irréalisable (6). Nous ne croyons pas que le projet de 1937, bien qu'il adopte le principe de responsabilité légale comme seul compatible avec les exigences de la défense collective, ait conservé les mesures prédélictuelles (7).

Plus harmonisées et mieux étudiées nous paraissent les mesures de prévention qu'adoptait le projet de code criminel cubain présenté en 1926 par F. Ortiz (8). Dans le titre premier (la loi criminelle et son empire), l'article 17 définit les personnes dangereuses « celles qui, sans commettre de délit ou de contravention, ou en ayant commis, ne sont pas soumises à sanction criminelle, montrant, par leur conduite extérieure notoirement contraire aux bonnes mœurs ou à la loi de sécurité publique, un état d'extraordinaire inadaptation mentale, morale ou légale qui les conduiront à devenir délinquants et à être redoutables socialement ».

Le titre VIII est consacré aux individus dangereux et aux coercitions précautionnelles.

L'article 326 donne une liste très large des premiers :

1) Les aliénés ; 2) les psychopathes ; 3) les toxicomanes ; 4) les vagabonds compris dans la catégorie de l'article 59, à savoir : a) ceux qui n'ont ni biens, ni revenus, ni occupations licites pour gagner leur vie, b) ceux qui

(6) José Péco, op. cit., p. 295 et s.

(7) Cf. Il progetto 1937 di codice penale argentino in *Revue pénale suisse*, 1938, n° 3.

(8) Habana, 20 de febrere de 1926. Commission national codificadora.

n'ont pas de domicile fixe connu, c) ceux qui, habituellement, mendent sans être infirmes, malades, vieux ou miséreux, d) les vicieux adonnés au jeu et à la débauche au point qu'ils ne peuvent plus, par eux-mêmes, subvenir à leurs besoins et à ceux des personnes civilement à leur charge, e) ceux qui, n'étant pas invalides pour travailler, vivent de l'exploitation illicite d'autres personnes, f) les proxénètes, g) les filles publiques à la vie scandaleuse ou qui, habituellement, n'observent pas les lois ou les règlements sur la prostitution ; 5) les mineurs non émancipés, s'ils sont moralement abandonnés ou récalcitrants à la correction de ceux qui sont légalement responsables de leur éducation ; 6) les tenanciers d'établissements, lieux et spectacles où, à l'occasion du commerce ou activité qui y sont exercés ou des personnes qui les fréquentent, se commettent habituellement des délits ou contraventions, ou bien où se réunissent ou communiquent des individus qui sont dangereux ou de mauvaise vie ; 7) ceux qui, par leur état malsain, leur caractère, leurs conditions personnelles ou de famille, sont enclins à commettre, par dol ou faute, le délit de contamination et refusent, d'une façon préjudiciable à l'intérêt public, de se soumettre volontairement aux mesures thérapeutiques et hygiéniques en rapport avec leur état maladif ; 8) ceux qui, par ignorance ou erreur de droit ou de fait, se proposent notoirement de réaliser ou réalisent des actes délictueux, si on présume raisonnablement qu'ils ne poursuivront pas la suppression de cette ignorance ou de cette erreur.

L'article 327 énumère les différentes coercitions précautionnelles : 1) manicomme ; 2) asile ; 3) hôpital ; 4) régime sanitaire restrictif ; 5) travaux disciplinaires ; 6) tutelle corrective scolaire ou familiale ; 7) régime disciplinaire ; 8) interdiction des charges publiques ; 9) interdiction civile ; 10) interdiction commerciale ; 11) interdiction professionnelle ; 12) exil ; 13) injonction comminatoire ; 14) caution de probité ; 15) détention provisoire ; 16) prison préventive ; 17) saisie ; 18) gage ; 19) surveillance restreinte ; 20) inscription identificatrice sur le registre national.

Article 330. — Le psychopathe dangereux sera assimi-

lé à l'aliéné et soumis judiciairement à l'internement adéquat à son état morbide.

Article 331. — Le toxicomane dangereux sera soumis judiciairement à l'internement adéquat à sa toxicomanie (maximum : 2 ans).

Article 332. — Le vagabond dangereux sera soumis judiciairement suivant les cas aux mesures de sûreté suivantes : travaux disciplinaires, caution de probité, surveillance restreinte et, en outre, dans tous les cas, à l'interdiction civile.

Article 333. — Le mineur vagabond auquel se réfère le paragraphe 5 de l'article 326 sera soumis à la tutelle corrective scolaire ou familiale, selon la prudente décision des juges, compte tenu de l'âge et de la condition des mineurs.

Article 334. — Les commerçants dangereux auxquels se réfère le paragraphe 6 de l'article 326 seront soumis judiciairement à l'injonction comminatoire adéquate, et, en cas de mauvais vouloir, à l'interdiction commerciale.

Article 335. — L'individu pouvant contaminer autrui, auquel se réfère l'article 326, paragraphe 7, sera soumis judiciairement au régime sanitaire restrictif ou à l'hospitalisation suivant l'avis des autorités sanitaires, en accord avec la loi. Le tribunal pourra, sur avis conforme des autorités sanitaires, suspendre l'application de ces sûretés, remplacées par l'injonction comminatoire et la caution de probité relative aux mesures thérapeutiques, hygiéniques et de surveillance sanitaire que les autorités prescrivent en ce cas, l'inobservation de celles-ci impliquant l'application de la sûreté suspendue outre la responsabilité criminelle encourue.

Article 336. — Au danger résultant de l'ignorance ou erreur à quoi se réfère le paragraphe 8 de l'article 326, répondra l'injonction comminatoire adéquate. Si l'on présume que le danger persistera ultérieurement, on pourra imposer la caution de probité, la surveillance restrictive ou l'interdiction civile.

Article 345. — Tout individu dangereux à qui sera imposé une ou plusieurs sûretés précautionnelles sera soumis à l'inscription identificatrice ; en aucun cas on n'attri-

buerà aux sûretés précautionnelles le caractère d'antécédents judiciaires.

Article 348. — Ne pourra être déclaré l'état de danger, ni imposée la sûreté ou son extinction déclarée que par ordonnance du juge d'instruction, ou par le tribunal si sa nécessité surgit en cours de procès, d'office ou à la demande du sujet dangereux, d'un parent, d'un citoyen alarmé, d'un fonctionnaire de la police de sécurité ou sanitaire, ou du ministère public.

Article 349. — L'inobservation des sûretés précautionnelles entraînera des sanctions coercitives.

Article 350. — Les coercitions précautionnelles s'éteignent par les causes suivantes : 1) mort de celui qui y est soumis ; 2) fin de la coercition ; 3) prescription ; 4) rémission législative ; 5) rémission gouvernementale si l'état de danger a cessé ; 6) commutation judiciaire.

Ce projet n'a pas été, lui non plus, ratifié. Il résulte pourtant d'un article de revue, que M. le Professeur Hugueney a eu la bonté de nous signaler spécialement, que le Code de défense sociale cubain de 1936 avait accueilli l'extension du principe de l'état socialement dangereux à ceux qui n'ont pas encore commis de faits tombant sous le coup de la loi pénale (9). Par état dangereux, il fallait entendre d'après l'article 48 A une certaine disposition malade, héréditaire ou acquise, qui détruit ou affaiblit les motifs capables de détourner de la commission de faits punissables et favorise le penchant à commettre de tels faits. Un individu pouvait être tenu pour socialement dangereux, même s'il n'a commis encore aucune infraction : cela est, par exemple, possible en cas de maladie mentale, ivrognerie, habitude de jeu, oisiveté et vagabondage habituel (article 48 B). Pour établir l'état dangereux *ante delictum*, une procédure particulière était prévue (article 48 C), et l'article 580 établissait des mesures de sûreté vis-à-vis des individus dangereux, même s'ils n'ont commis aucun fait punissable.

(9) Schönke. Neues aus dem ausländischen Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. T. 58, 1938, p. 694 et 695.

Mais le législateur cubain semble avoir eu des scrupules sur le point de savoir si le système des mesures de sûreté prévu dans la loi pouvait passer dans la pratique et s'il n'était pas allé trop loin en les liant au simple état dangereux, et l'application du code de défense sociale fut presque tout de suite ajourné.

Néanmoins nous allons voir que, même sans en faire la théorie, bien des législations modernes ont prévu et sanctionné la « periculosita sociale ».

CHAPITRE II

LES APPLICATIONS PRATIQUES

SECTION I. — *Mesures patrimoniales*

Si nous pouvons trouver dans diverses législations étrangères l'adoption de mesures prédélictuelles, c'est assurément l'Angleterre qui nous fournit la plus ancienne et la meilleure démonstration des possibilités d'application de la notion d'état dangereux par son système de cautionnement préventif.

Il n'entre pas dans le plan de notre modeste ouvrage de refaire le tableau du système criminel anglais (1). Rappelons simplement que cette législation, qui n'a pas éprouvé le besoin de formuler la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ne se présente évidemment pas sur le même plan que le droit pénal continental puisque le juge, n'y étant pas lié par un principe d'interprétation restrictive, peut interpréter librement les statuts criminels. Bien plus, un certain nombre de délits sont de création jurisprudentielle et rentrent dans le Common Law (le droit anglais se divise comme on sait en deux parties principales : le Statute Law, qui comprend les actes du Parlement, et le Common Law, qui a sa source dans les décisions des tribunaux ; le droit criminel anglais fait traditionnellement partie du Common Law).

Le grand jurisconsulte Blackstone déclare dans ses commentaires (2) que le juge « dépositaire des lois est le vivant oracle de la coutume », et, en effet, la plupart des

(1) Cf. Stephen. History of the criminal law of England, vol. 3.

(2) Commentaries on the law of England. Introduction, sect. 3.

infractions n'ont été véritablement définies que par les juges.

Evidemment, la loi écrite est aussi intervenue en Angleterre dans les diverses branches du droit criminel, si bien que M. Lévy-Ullmann soutient (3) que la « declaratory theory » a succombé et que le droit criminel n'est plus uniquement judge-made. Il n'en reste pas moins vrai que, malgré les limitations résultant des lois votées par le Parlement et des décisions judiciaires formant précédent, les pouvoirs législatifs des cours de justice ont continué à s'exercer et chaque jour de nouvelles combinaisons de circonstances réclament leur application.

Ce que nous voulons surtout signaler c'est que le juge anglais peut toujours réprimer, même pénalement, les actes nuisibles à la Société tout entière. Ce pouvoir, expose M. Marc Ancel (4), repose sur un fondement d'ordre moral : « Blackstone distinguait déjà les *mala prohibita* ou actes qui ne constituent des infractions qu'autant qu'ils sont interdits par des statuts sous une sanction pénale, et les *mala in se*, action mauvaise en soi qu'un texte écrit n'a pas besoin de punir expressément. Si l'on se reporte aux origines, on constate que les juges ont puni spontanément les principaux *mala in se* ; mais à une époque ils ont fait encore application de cette idée, par exemple dans la matière des nuisances (manquement au devoir prescrit à une personne dans l'intérêt de tous, ou dans l'accomplissement d'un acte nuisible à la société tout entière et que la loi interdit même sans prévoir de peine) : ainsi ont-ils puni celui qui pousse un serviteur à voler son maître, l'auteur d'un livre obscène... (Cf. Stephen. History of the criminal law, T. 2, p. 190) ».

C'est ainsi que le juge anglais peut (5) dans tous les cas où il craint qu'un homme ne commette quelque violence ou quelque mauvaise action, le forcer à garder l'ordre pendant un temps donné, et pour cela l'obliger à don-

(3) Le système juridique de l'Angleterre. 1928, T. 2.

(4) Bulletin de la Sté de Législation comparée, 1931, p. III.

(5) Cf. Seymour. Principles of the criminal law, L. 3, chap. I.

ner caution « qu'il gardera la paix », caution qui consiste généralement dans la garantie offerte par des citoyens dont l'honorabilité est connue. M. Faye, dans sa thèse sur la justice anglaise (6) en fournit l'exemple suivant : B et C croient avoir des motifs d'hostilité ; l'un a cherché à molester l'autre et il y a possibilité de délit ; le juge avertira B et C de trouver chacun une caution honorable pour une somme qu'il détermine et qui ne pourra être retirée que dans plusieurs mois, si la paix a été observée. Ainsi mis en garde contre eux-mêmes, avertis qu'en cas de plainte nouvelle ils seront frappés de prison ou d'amende, retenus et surveillés par les amis qui les ont cautionnés, ils comprennent dans quelle mauvaise voie ils s'engagent.

C'est la vieille institution de la *recognizance*, dont Stephen donne la définition suivante (7) : une *recognizance* est un contrat solennel que passe le délinquant devant une Cour ou un magistrat, et par lequel il admet son obligation de verser telle somme d'argent déterminée s'il ne remplit pas la condition imposée. Et M. Paulian, dans la thèse qu'il lui a consacrée (8), précise que les juges de paix et les *stipendiary magistrates* sont investis depuis une époque très reculée du pouvoir d'obliger quiconque porte atteinte ou est supposé vouloir porter atteinte à la sécurité publique, à s'engager par *recognizance* à observer une bonne conduite, en vertu du Statut 34 Edward III *cr...* « De nos jours, remarque cet auteur, les juges font encore assez souvent usage du Statut 34 lorsque l'arsenal des Acts ne présente aucun texte permettant la répression. » Voici les dispositions les plus intéressantes de ce Statut : pouvoir est accordé aux juges de paix de prendre de tous ceux qui ne sont pas de bonne réputation, lorsqu'ils les trouvent, suffisante caution et mainprise de leur bonne conduite... En cas de menace, tout juge de paix peut, soit *ex officio*, soit à requête de la partie intéressée, faire contracter à l'auteur de ces menaces une *recognizance*, avec ou sans

(6) Les pouvoirs du juge en Angleterre. Paris 1912, p. 22.

(7) *Commentaries on the law of England*. Book I, chap. 16.

(8) Paris, 1911, p. 23-24 et 35 et s.

caution, aux termes de laquelle l'individu s'engage à ne pas commettre de « breach of the peace ». Le criminaliste Kenny confirme (9) qu'un individu qui n'a commis aucune infraction peut être requis de trouver des cautions garantissant qu'il observera une bonne conduite et ne troublera pas la paix publique s'il y a lieu raisonnablement de craindre qu'il ne commette une infraction ou qu'il n'agisse d'une manière qui tende tout naturellement à induire, même contre ses intentions, d'autres personnes à en commettre.

La forme de la recognizance, le nombre des cautions, le montant de la somme que celles-ci et le principal s'engagent à payer en cas de violation des conditions de la recognizance sont déterminés par le juge. La recognizance est elle-même annulée à l'expiration du terme fixé par le magistrat. M. Paulian note (10) que pendant longtemps toute personne qui refusait de contracter, sur l'ordre d'une cour, une recognizance avec ou sans caution, pouvait être emprisonnée jusqu'à ce qu'elle se conformât à cet ordre. En général, les Statuts limitent aujourd'hui la durée de l'emprisonnement de l'individu qui refuse. Enfin, la surveillance des recognizors peut être confiée à des « probation officers ».

Grâce à l'imprécision de ses termes, ce Statut permet aux juges de réprimer énergiquement et rapidement, sans attendre l'intervention du législateur, les délits nouveaux que celui-ci n'a pu prévoir. Les cours supérieures contrôlent d'ailleurs toute interprétation abusive du statut. C'est ainsi que dans l'affaire *Rex v. Londonderry* (11), l'un des juges de la Cour du banc du roi déclara que les tribunaux ne peuvent faire usage de ce pouvoir « que lorsque des faits sont prouvés, dont il puisse être raisonnablement inféré qu'il était à ce moment là à craindre que la paix fût troublée, et que ce danger est, d'une manière intelligible, la conséquence de la conduite de la personne requise de fournir caution. »

(9) Esquisse du droit criminel anglais, p. 614.

(10) Thèse cit., p. 6.

(11) 28 L. R. Ir. 440.

Ainsi, quiconque cause un scandale, fréquente des mauvais lieux, mène une vie notoirement déréglée, offense les gouvernants, ceux qui ont des moyens de vivre équivoques, les fainéants et vagabonds, les agents de prostitution, ceux qui ont l'habitude de s'enivrer... peuvent être obligés à fournir des sûretés.

Déjà dans les affaires anciennes, comme celle de cette Miss Reynolds (12), qui encourageait les tenants irlandais à ne pas payer les fermages, les juges s'appuyaient sur le passage célèbre de Blackstone concernant la justice préventive « qui consiste dans l'obligation imposée aux personnes qui nous donnent motif de croire que leur conduite future sera mauvaise, de passer un contrat avec le public, et, en trouvant des répondants ou cautions garantissant qu'elles ne troubleront pas la paix ou qu'elles observeront une bonne conduite, de lui donner l'assurance pleine et entière que l'infraction que l'on redoute ne se produira pas » (13).

Si nous examinons (14) les cas les plus récents de justice préventive, nous pouvons constater que c'est encore sur ce passage de Blackstone que l'on fonde les décisions. Ainsi dans cette curieuse affaire *R. V. Sandbach Ex. p. Williams* où l'on reprochait (15) au prévenu d'avoir gêné un constable dans l'exercice de ses fonctions en avertissant un bookmaker de son arrivée. Condamné à verser une caution de bonne conduite, il fit plaider devant la Cour Supérieure qu'il devait être relevé de cette condamnation, motif pris qu'on ne pouvait trouver quoi que ce soit dans sa conduite de nature à provoquer actuellement ou éventuellement un trouble de la paix publique. La Divisionnal Court rejeta la demande comme réglée par le précédent *Lansbury v. Riley* (16), et l'un des juges disait que Blackstone, commentant le Statut 34 Edw. 3 c. 1, l'interprétait

(12) 1882. 10 L. R. Jr. Q.B.D. 1.

(13) Commentaries. Vol. 4, p. 251.

(14) Cf. Preventive Justice in Annual Survey of English Law, 1936.

(15) 1935, 2 K. B. 192.

(16) 1914, 3 K. B. 229.

comme donnant pouvoir de soumettre un homme à cette bonne conduite « dans les cas de scandale contre les bonnes mœurs aussi bien que contre la paix ». Plus expressif encore était Fitzgerald, déclarant dans l'affaire *Reg v. Justices of Queen's County* (17) « qu'il s'agit d'une branche de la justice préventive, dans l'exercice de laquelle les magistrats sont investis de pouvoirs larges et discrétionnaires en vue de maintenir l'ordre et de préserver la paix publique — elle repose sur la maxime : *salus populi suprema lex* — pour l'observance de laquelle la liberté individuelle peut être sacrifiée ou réduite dans l'intérêt public ». Le fameux dogme des libertés individuelles que traduit la maxime « *every man's house is his castle* » n'est pas menacé sérieusement car le juge est individualisé et personnellement responsable de ses décisions en cas de faute lourde, le procès, sauf de rares exceptions, se déroule en public, son issue est dominée par l'application impartiale de principes connus et établis, enfin toutes les parties au procès se font entendre. Aussi, proclamons-nous volontiers que ce pouvoir autonome que possède le juge anglais pour réprimer au moins les actes nuisibles à la Société tout entière constitue une incontestable supériorité pour le droit anglais, supériorité que démontrerait la statistique criminelle si l'on en juge par les chiffres donnés par Sir Alexander Maxwell (18). Et nous ne pouvons que nous associer à la réflexion faite par M. Seitz dans les conclusions de sa thèse sur la politique criminelle de l'Angleterre (19) regrettant que dans notre pays l'intention de nuire doive s'accompagner de l'acte pour que le juge intervienne, « alors que tant de délits et tant de torts ont avorté par ce procédé si judicieux de la *recognizance* ».

Sans songer à mettre en pratique le sentiment de Livingstone qui estimait que « pour éviter de plus grands maux, il vaut mieux souffrir un droit d'intervention et de

(17) 10, L.R. Ir. 294.

(18) Cf. Revue belge de droit pénal, 1937, p. 189.

(19) Principes directeurs de la politique criminelle anglaise, Nancy, 1928, p. 323.

super-contrôle policier aggravé » (20), nous pensons qu'il y aurait un réel intérêt à réintégrer dans l'arsenal des moyens de défense dont nous disposons contre ceux qui menacent la sécurité de notre vie sociale, l'obligation de s'engager à ne pas la troubler et de renoncer aux pratiques qui conduisent à la violation d'une norme ou d'un intérêt juridique individuel ou collectif, consacré de quelque manière que ce soit dans la libre conscience de notre pays.

Le code pénal suisse du 21 décembre 1937 a adopté timidement dans son article 57 cette idée du cautionnement préventif : 1) S'il y a lieu de craindre que celui qui a menacé de commettre un crime ou un délit ne le commette effectivement, ou si un condamné pour crime ou pour délit manifeste l'intention formelle de réitérer, le juge, à la requête de la personne menacée, pourra exiger de lui l'engagement de ne pas commettre l'infraction et l'astreindre à fournir une sûreté suffisante. 2) S'il refuse de s'engager, ou si, par mauvais vouloir, il n'a pas fourni la sûreté dans le délai fixé, le juge pourra l'y contraindre en le mettant en détention (qui ne pourra durer plus de deux mois et sera exécutée comme la peine des arrêts) (21). Mais la législation due à l'état de tension internationale semble orienter la Suisse vers les pratiques administratives, si l'on en juge par l'arrêté du 24 octobre 1939 pris dans le canton de Berne (22) qui prévoit en son article premier que le Département de justice et de police peut prononcer l'internement dans une colonie de travail de toute personne âgée de plus de 18 ans qui se trouve dans les cas suivants : a) s'adonne habituellement à la prostitution et au racolage ; b) tire tout ou partie de ses moyens d'existence de l'inconduite d'autrui ; c) trouve dans le jeu interdit par les lois spéciales une partie appréciable de ses moyens d'existence ; d) compromet par son inconduite ou sa faiblesse la sécurité ou la santé d'autrui. C'est le Départe-

(20) Law Quaterly Review, 1887, T. 3. Preventive jurisdiction (conclusions).

(21) Recueil des lois fédérales, n° 41. Berne, 30 nov. 1938.

(22) Revue pénale suisse. Berne 1940, n° 1, p. 38.

ment de justice et police qui statue après enquête du préfet. Un recours, non suspensif, au Conseil d'Etat, est prévu. En somme c'est un tout petit code pénal administratif qui s'institue.

Notre projet de code pénal, en chantier depuis 1930, n'a admis aucune mesure de sûreté *ante delictum* (23), en accord avec la majorité de la doctrine qui, ainsi que l'a souligné M. le Professeur Magnol (24), « exige toujours que l'infraction commise soit révélatrice d'un danger sérieux pour que soit prise une mesure de sûreté », si bien que notre législation de guerre a dû adopter à son tour les mesures d'ordre administratif, comme nous l'avons montré précédemment, qui laissent, elles, la voie libre à l'arbitraire.

SECTION 2. — Mesures privatives ou restrictives de liberté

Certaines législations n'ont pas hésité à adopter pré-délictuellement des mesures beaucoup plus graves, reconnaissons-le, pour la liberté individuelle.

En Egypte, par exemple, existe le « délit de suspicion » dont M. Riad R. Shams nous a retracé l'histoire (25) : un décret du 13 juillet 1891 déclarait déjà suspects, outre les personnes reconnues coupables d'une ou plusieurs infractions, celles trouvées cachées ou rôdant dans un lieu sans aucune justification. Mais en 1909, le conseiller judiciaire égyptien, estimant qu'un nombre considérable de crimes est l'œuvre d'un petit nombre de personnes, dont les noms sont bien connus des autorités mais qui ne peuvent être atteintes par suite des difficultés de preuve, suggéra l'idée de prendre des mesures pour, après avoir établi leur mau-

(23) Documents parlementaires, n° 4287. Ch. des Députés, 1938.

(24) Rapport sur l'Avant-projet de code pénal, p. 74.

(25) La liberté individuelle dans la législation pénale égyptienne, 1934, p. 220 et s.

vaise réputation d'une manière générale, les mettre dans l'impossibilité de causer de sérieux dommages. A la lumière de ces considérations fut prise la loi n° 15 de 1909 : la suspicion est possible, et non obligatoire comme avec la loi de 1891, par le simple fait d'être notoirement connu comme ayant l'habitude d'attenter à la personne ou à la propriété d'autrui, ou de se livrer à des menaces contre la personne ou la propriété, même s'il n'est pas établi que la personne suspecte ait commis un crime déterminé. Elle pourra être alors traduite devant un jury de notables présidé par le Gouverneur de la Province et se voir appliquer la surveillance de la Haute police et, en cas de tentative pour s'y soustraire, la rélegation à la colonie pénitentiaire de Khangale.

Cette loi ne fut mise en application qu'une fois et fut remplacée par la loi n° 24 de 1923, en vertu de laquelle peuvent être déclarés suspects : ceux qui auront été plus d'une fois l'objet, pour certaines infractions, de poursuites ou d'enquêtes par le Parquet, mais qui, faute de preuves suffisantes, ont bénéficié du classement de l'affaire ; ceux qui auront été trouvés plus d'une fois dans des conditions donnant lieu à des soupçons sur leur conduite ; ceux qui ont la réputation sérieuse d'attenter habituellement à la personne ou aux biens, ou d'agir comme intermédiaires dans ces infractions, ou de se livrer au trafic des stupéfiants ; enfin les personnes contre lesquelles la police a de sérieuses raisons de se confirmer dans ses soupçons, « cas qui n'a pas d'analogue dans les législations pénales modernes », note Shams.

La déclaration de suspicion entraîne l'avertissement d'avoir à mener une bonne conduite et d'éviter tout acte qui soit de nature à confirmer les soupçons. Une fois l'avertissement donné, la personne suspecte se trouve exposée à être soumise au régime de la surveillance de la police, avec tout ce qu'il entraîne de conséquences graves comme la déclaration de résidence et de ses changements, l'obligation de résider la nuit dans son habitation, la possibilité des perquisitions domiciliaires et la condamnation à l'emprisonnement en cas de dérogation aux conditions

de la surveillance ou si, par exemple, on trouve chez la personne suspecte des sommes d'argent dont elle ne peut justifier la provenance.

Shams relève fort justement que c'est une grave dérogation aux règles de la justice que de laisser à l'autorité administrative le droit de porter atteinte à la liberté d'individus contre lesquels l'accusation n'a pas recueilli de preuves suffisantes pour les déférer au pouvoir exécutif, et que, par ailleurs, il y a lieu de redouter les excès vexatoires de la police à l'égard d'honorables citoyens.

La législation égyptienne soumet également les mendiants et vagabonds (26) qui cherchent à gagner leur vie en pratiquant les jeux de hasard ou en disant la bonne aventure, à la même surveillance : avertissement leur est donné par la police d'avoir dans les vingt jours à modifier les conditions irrégulières de leur existence, avec recours possible au Parquet. Sur le vu de ces mesures administratives, une peine de trois ans peut être infligée.

Ces pouvoirs de police sont évidemment très dangereux pour la liberté individuelle.

En Espagne, sous l'impulsion du grand criminaliste Jimenez de Asúa, a été adoptée, le 4 août 1933 (27), une loi des errants et malfaisants, composée par de Asúa et Ruiz Funès, et qui repose entièrement sur l'état de danger.

D'après cette loi, pourront être réputés dangereux et soumis aux mesures de sécurité de la présente loi (28) : 1) les vagabonds habituels ; 2) les entremetteurs et proxénètes ; 3) ceux qui ne justifieront, lorsqu'ils en seront requis par les autorités, de la possession ou de la provenance des deniers ou effets qu'ils ont en leur pouvoir, ou qu'ils auront remis à d'autres pour les changer ou garder ; 4) les mendiants professionnels et ceux qui vivent de la mendicité d'autrui ou exploitent les mineurs d'âge, les diminués mentaux ou les infirmes ; 5) les ivrognes et toxicomanes

(26) Riad R. Shams, *op. cit.*, p. 198.

(27) Jimenez de Asúa. *Código penal reformado*, p. 902.

(28) *Ibid.*, p. 903.

habituels ; 6) ceux qui fournissent, pour être consommés immédiatement, des vins et spiritueux à des mineurs de 14 ans dans les lieux et établissements publics ou dans les institutions d'éducation et ceux qui, de quelque manière, favoriseraient l'ivresse habituelle ; 7) ceux qui cachent leur véritable nom, dissimulent leur personnalité, ou donnent un faux domicile aux autorités, et ceux qui usent de fausses pièces d'identité ; 8) les étrangers qui ont enfreint un ordre d'expulsion ; 9) ceux qui ont une conduite révélatrice d'un délit, manifestée par un commerce assidu avec les délinquants et les gens de mauvaise vie, par la fréquentation des lieux où ils se réunissent habituellement, par leur présence dans les maisons de jeux prohibées et par la commission réitérée de fréquentes contraventions pénales.

Les mesures de sûreté prévues sont : 1) l'internement dans un établissement de travail ou colonie agricole pour 3 ans au maximum ; 2) l'internement dans un établissement de garde pour une durée variant de 1 à 5 ans ; 3) l'internement dans une maison de santé dans les cas d'intempérance ; 4) l'expulsion pour les étrangers ; 5) l'obligation de résidence ; 6) l'interdiction de séjour ; 7) la surveillance des autorités ; 8) l'amende ; 9) la saisie des deniers et effets au profit de l'État. (29)

L'article 5 confie l'application de ces mesures aux tribunaux, ce dont on ne saurait trop se féliciter.

L'article 6 soumet : 8) ceux dont la conduite révèle une inclination au délit : a) à l'internement dans un établissement de travail ou de garde ; b) à l'interdiction de résider en un lieu donné ; c) à la surveillance de délégués.

Enfin, l'article 17 prescrit aux chefs ou directeurs des établissements de garde, de travail, de colonies agricoles, de maisons de sûreté, aux autorités policières et aux délégués d'informer périodiquement le tribunal du mérite de leur établissement et de l'action des règlements sur les effets de la mesure de sûreté. Le tribunal, suivant les pro-

(29) De Asúa. Ibid, p. 904.

grès relevés, peut la relever, la prolonger, lui substituer une autre mesure de sûreté.

Cette loi est certainement la mieux venue de celles que nous connaissons en la matière.

Le code pénal italien de 1932 prévoit les mesures de sûreté administratives. Article 202 : elles ne peuvent être appliquées qu'aux personnes socialement dangereuses qui ont commis un fait prévu par la loi comme infraction. *La loi pénale détermine les cas dans lesquels peuvent être appliquées des mesures de sûreté pour un fait que la loi ne prévoit pas comme infraction*, aux personnes socialement dangereuses.

L'article 203 précise : est socialement dangereuse toute personne, même non imputable ou non punissable, qui a commis un fait, parmi ceux indiqués à l'article précédent, lorsqu'il est probable qu'elle commettra de nouveaux faits prévus par la loi comme infraction. C'est donc l'état de danger criminel qui a été adopté par le législateur italien.

M. Béraud, dans sa thèse sur « les mesures de sûreté en Allemagne d'après la loi du 24 novembre 1933 », nous apprend (30) qu'une instruction du ministre de l'intérieur de Prusse, en date du 13 novembre 1933, reconnaît à la police criminelle le droit de décider l'internement préventif « des individus qui, sans être des délinquants professionnels déjà condamnés, révèlent leur volonté de commettre un homicide, un vol qualifié, un incendie par des actes qui ne correspondent pas encore à un délit déterminé, mais le font apparaître comme un danger pour la sécurité publique ». De même (31) l'alinéa 2 de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1933 permet la castration des individus qui menacent de commettre des attentats graves aux mœurs — s'ils y consentent et si un médecin approuve la mesure.

(30) Aix, 1938, p. 111.

(31) Ibid., p. 112.

Enfin, M. Donnedieu de Vabres nous signale (32) que le Code pénal soviétique, dans son article 7, édicte « qu'aux personnes ayant commis des actes socialement dangereux, ou présentant du danger par leurs attaches avec un milieu dangereux, ou par leur passé, il est fait application des mesures de défense sociale de caractère juridico-corrrectionnel ou médical ou médico-pédagogique... L'article 16, du reste, permet de punir une action socialement dangereuse, même si elle n'est pas prévue par le code, en se basant sur le raisonnement par analogie. Par ailleurs, la G.P.O.U., qui se rattache au ministère public, s'est réservée le droit de prononcer à l'égard des personnes dangereuses pour l'ordre public et au maximum pour 5 ans, l'internement dans un camp de concentration, la déportation ou l'interdiction de séjour » (33).

Ce sont là, autant que notre insuffisance dans la connaissance des langues étrangères nous en a permis la recherche, les seules applications pratiques des mesures de sûreté sans délit. Leur rareté montre que les législations criminelles sont à peu près unanimes, encore aujourd'hui, sinon à les repousser, du moins à n'en faire qu'une application occasionnelle. Nous allons examiner les conclusions qu'on doit tirer de cette brève étude.

(32) Politique criminelle des Etats autoritaires, p. 189.

(33) Ibid., p. 159.

CONCLUSION

« Les préjugés philosophiques ou sentimentaux doivent disparaître devant cette nécessité : sauver la personnalité humaine. »

A. CARREL (L'homme, cet inconnu).

Si nous n'écoutions que l'enthousiasme avec lequel nous avons abordé l'étude de ce mouvement dont nous venons de tracer un rapide panorama, nous poserions qu'il est nécessaire de fonder la prévention sur les bases suivantes, inspirées de A. Vieites (1) :

1) Les intérêts de la Société dans son ensemble rendent nécessaire la restriction, dans une certaine limite, de la liberté d'une minorité de ses membres qui se sont montrés dangereux pour la collectivité, non seulement parce qu'ils ont été condamnés du chef d'une ou plusieurs infractions, mais aussi parce que, par leur conduite en général et le caractère criminel de leur mode de vie, ils ont clairement manifesté des tendances anti-sociales si prononcées que ce serait un vrai danger pour leurs concitoyens que de les laisser en liberté. Un traitement préventif s'impose pour ceux donc qui sont en imminent danger de commettre l'infraction, tant pour leur bien que pour celui de la Société tout entière. L'objection qu'il peut y avoir des personnes qui, quoique se trouvant dans les conditions les plus favorables pour violer la loi, ne l'enfreignent pas, ne nous paraît pas suffisante pour qu'on laisse subsister le danger de cette infraction. « Etant donné que le code pénal apparaît surtout lorsque le délit a déjà surgi et que

(1) Projet de Code pénal. Edition Rousseau, 1928.

son action préventive est si restreinte qu'il apparaît quand il est déjà trop tard » (2), il devrait être complété par un chapitre spécial déterminant concrètement les circonstances qui permettraient de déceler le danger que présente, pour lui comme pour la Société, la conduite des individus qui, par égoïsme ou aveuglement, seront amenés probablement à transgresser la loi, et donneraient aux magistrats des normes de caractère général pour appliquer judiciairement les mesures de redressement qui s'imposent.

2) La prévention de l'état dangereux a pour conséquence, jusqu'à un certain point, l'arbitraire judiciaire. « Dans un cabinet de travail où on rédige la loi, il est difficile de prévoir avec justesse toutes les circonstances qui peuvent se produire ; aucun cerveau humain ne peut prévoir toutes les situations de personnes, circonstances et modalités qui peuvent mener à l'accomplissement d'un acte déterminé » (3). L'application de mesures préventives *ante delictum* implique une certaine élasticité dans leur rigueur et leur durée, puisqu'on ne peut déterminer mathématiquement quand et quels résultats seront obtenus. Par leur haute conscience professionnelle, leur savoir, la possibilité d'être relevés de leurs fonctions s'ils perdaient leur réputation de droiture, nos juges peuvent échapper au préjugé que suscitait sous l'ancien régime l'amour de la liberté. Ils ne se prononceraient, d'ailleurs, qu'après avoir recueilli l'avis de spécialistes en psychologie criminelle, en psychiatrie, en médecine légale et en science pénitentiaire, afin que les cerveaux de capacité aristotélicienne ne puissent seuls remplir ces fonctions (4).

Mais si la raison révèle que l'intérêt social doit prendre le pas sur les intérêts individuels, de même qu'en économie l'impératif national doit prendre le pas sur les impératifs des oligarchies particulières, nous sentons bien que c'est là un idéal peu facile à atteindre. Il est plus dif-

(2) Vieites. Ibid., p. 28.

(3) Ibid., p. 17.

(4) Sur la spécialisation du juge, Cf. la 6^e question étudiée au Congrès de Palerme en 1933.

ficile de démolir que de reconstruire, aussi paradoxal que cela puisse paraître, et il y a beaucoup de constructions vétustes — système pénitentiaire, organisation judiciaire, justice de classe — qu'il faudrait abattre, avant de reconstruire notre politique criminelle suivant notre génie propre sans copier servilement des institutions étrangères.

Notre but n'était pas d'entreprendre l'étude de toutes les réformes nécessaires, mais simplement de persuader le lecteur que la garantie essentielle de la libre activité de l'individu ne réside pas simplement dans l'assurance qu'il agit sans risques pour sa personne, sa fortune ou son honneur, pourvu qu'il évite tout ce que la loi défend strictement et qu'il conforme sa conduite à ce qu'elle permet formellement ou implicitement.

Les expériences intéressantes que nous avons signalées en concomitance avec cette idée répondent à des tendances qui, sous des formes variant avec le tempérament de chaque peuple, se sont manifestées partout. Nous pourrions, croyons-nous, utilement nous en inspirer dans trois domaines : celui de la prévention générale, celui du vagabondage et celui des psychopathes.

SECTION I. — *La prévention générale*

Ainsi que nous l'avons noté, il y a une série de facteurs qui, ne produisant pas nécessairement le délit, placent l'individu dans les meilleures conditions pour le commettre et peuvent même arriver à l'influencer d'une façon décisive pour réaliser l'acte délictueux, ainsi l'ignorance, la misère ou la dépravation. C'est ce qu'avait déjà aperçu en 1864 Bonneville de Marsangy lorsqu'il se demandait « si l'œil vigilant du magistrat répressif ayant surpris, même en dehors de tout soupçon ou plainte des parties, quelque désordre qui lui parût devoir aboutir tôt ou tard au crime, sa prudence ne devrait pas s'émouvoir » (5), et qu'il

(5) Op. cit., T. 2, p. 181 et 182.

proposait que cette sage prévoyance, qui ne devra en aucun cas dégénérer en arbitraire ou en indirecte inquisition, s'exercât tantôt sous la forme d'un simple avertissement officieux sans frais ni publicité, tantôt par la constatation régulière de la promesse souscrite par l'inculpé de garder la paix ou de bien vivre, le tout sous la garantie et la surveillance de l'autorité judiciaire.

Notre ancien droit avait réalisé, sous la forme des asseurements, une mesure de sûreté de cet ordre pour protéger tout citoyen redoutant attaque ou dommage : « Se ainsi estant, disent les coutumiers d'Anjou et du Maine, que un homme eust garde d'un autre et vint à la justice pour li faire asseurer ; il doit faire jurer ou fiancer à celui de qui il se plaint que il ne lui fera dommage ne il, ne li siens. Et si il li fait dommage il en sera pendu. » C'est la même idée que l'on retrouve en droit canonique dans les peines dites médicinales ou censures, qui sont surtout comminatoires et qui cessent si le délinquant vient à résipiscence. On peut encore la retrouver dans notre code pénal de 1810, d'une façon étriquée, il est vrai, puisqu'elle n'était qu'un accessoire de la surveillance de la Haute police (voir l'ancien article 44). Dès 1832, une loi vint, avec raison, supprimer cette caution dont l'inefficacité ne pouvait surprendre, s'appliquant à des individus qui étaient déjà passés à l'action criminelle.

Notre projet de code pénal a repris la caution, mais comme mesure *post delictum*, dans son article 86 : « en cas de condamnation pour menaces ou lorsqu'il y aura lieu de craindre qu'un condamné se livre à de nouveaux excès sur la personne ou sur les biens de la victime de son infraction, ou de la famille de celle-ci, le juge pourra l'obliger à fournir une caution garantissant sa conduite, faute de quoi le condamné ne pourra résider dans l'arrondissement où demeure sa victime et les arrondissements limitrophes » (6). Il suffit d'en rapprocher les termes de l'article 57 du nouveau code pénal suisse, que nous avons pré-

(6) Documents parlementaires (Chambre des Députés), N° 4287, 17 juin 1938.

cédemment analysé (7), pour voir comment un texte à peine élargi pourrait apporter une arme précieuse dans la prévention de la criminalité et la neutralisation des intentions de nuire que révèlent les mille échos de la police administrative ou judiciaire et de la rumeur publique qui viennent journellement aboutir au Parquet. Si nous voulons, en effet, faire revivre chez nous la caution de bonne conduite, c'est en l'envisageant sous l'angle de l'effet préventif qu'elle pourrait avoir sur la conduite de tous ceux qu'on juge prêts à « mal tourner », sans que pourtant ils aient encore commis un acte caractérisé les faisant tomber sous le coup de la loi pénale.

Sans revenir sur la violation du principe *nullum crimen sine lege*, si souvent méconnu en pratique et dont nous avons fait justice au nom d'un pragmatisme social bien compris nous voudrions écarter une autre objection souvent présentée contre cette mesure, celle d'être injuste sous prétexte que seuls les individus fortunés pourront en bénéficier. Remarquons tout d'abord que ce n'est pas parce que les pauvres ne pourraient pas y être soumis qu'il faudrait renoncer à ce moyen. Mais il suffit de fixer un taux minimum suffisamment faible pour que cet avertissement puisse être infligé à quiconque, et de laisser le juge libre de proportionner l'astreinte à la situation de fortune de chacun pour que ce reproche ne soit plus fondé. Si enfin le juge peut accorder un délai raisonnable pour le paiement et même le fractionner en plusieurs termes, on admettra que toutes les situations peuvent être touchées, sans cependant provoquer dans la vie des individus qui y seront soumis un bouleversement susceptible de compromettre leur situation.

Les magistrats qui nous paraissent les plus qualifiés pour soumettre à l'astreinte sont certainement les présidents des tribunaux de paix, dont on propose du reste l'élargissement du ressort *ratione materiae et loci* (8) ; ils

(7) Page 67.

(8) Donnedieu de Vabres. Politique criminelle des Etats autoritaires, p. 216.

possèdent une sérieuse formation technique et sont en outre, de par leur situation au canton, les mieux placés pour apprécier la moralité de ceux qui leur seront déférés à la suite d'un procès-verbal ou d'une plainte. Ils pourraient donc très utilement intervenir pour redresser la conduite de ceux qui ne sont pas de bonne renommée.

Seraient soumis à l'avertissement comminatoire ou au cautionnement tous ceux qui, par suite de leur conduite déréglée ou vicieuse peuvent soit devenir dangereux pour eux-mêmes ou pour les autres, soit être la cause d'un dommage sérieux ou de souffrances pour leur famille et leur entourage, soit devenir incapables de se conduire ou gérer leurs affaires.

Tout parent ou ami du dévoyé pourrait avertir l'autorité judiciaire qui, par des organismes agréés d'assistance privée, ferait procéder à une enquête discrète avant de décider de la convocation du sujet dangereux pour admonestation. Celle-ci ne figurerait qu'au bulletin n° 3 du casier judiciaire.

La caution de bonne conduite consisterait dans le dépôt à la caisse des amendes, dans le délai et suivant le mode établi par le juge de paix, d'une somme de 100 francs au moins, le dépôt pouvant être remplacé, d'ailleurs, par une prestation de sûreté moyennant hypothèque ou par l'engagement solidaire d'une caution personnelle. La caution doit être proportionnée aux conditions économiques, personnelles, familiales et sociales du condamné. Sa durée ne peut être inférieure à un an ni supérieure à cinq ans.

Si la somme exigée pour le cautionnement ou la garantie équivalente n'est pas fournie dans le délai prescrit par le juge, il lui substituera la liberté surveillée.

En cas de violation de la promesse de bonne conduite, le juge pourra, outre l'attribution de la caution au Trésor, infliger, pour une durée d'un mois au moins, les arrêts dans un établissement spécial où les fautifs conserveront leurs vêtements personnels, pourront faire venir leurs repas du dehors, recevoir des visites et correspondre, dans la mesure compatible avec l'ordre de l'établissement, mais seront astreints au travail, si possible librement choisi.

Ainsi pourrait être établie une digue plus agissante contre la criminalité que ne l'est la peine, puisqu'elle empêcherait de mal agir tout en préservant la libre activité de l'individu compatible avec l'état social contemporain.

SECTION 2. — *Le vagabondage*

Comme le disait déjà au Sénat M. Flandin en 1921 (9), nous ne pouvons considérer comme un système acceptable pour la conscience, satisfaisant pour la répression et efficace pour la sécurité publique, celui qui consiste à arrêter un vagabond ou un mendiant pour le déférer au tribunal correctionnel, l'envoyer en prison et l'y laisser végéter sans travail, se gangrenant au contact des pires malfaiteurs, puis le rejeter sur le pavé avec la fatale perspective d'avoir à poursuivre le même cycle indéfini d'arrestations et de détentions. Et de citer en exemple les organisations belge de Merxplas ou hollandaise de Venhuyzen, pour faire admettre les réformes qu'il proposait pour régler le sort de cette catégorie d'inadaptés et de suspects.

Ce problème social, toujours actuel, n'est cependant pas neuf, puisque le Congrès pénitentiaire de Paris, en 1895, y consacrait plusieurs séances dont voici les conclusions (10) : 1) la Société a le droit de prendre des mesures de préservation sociale même coercitives contre les mendiants et les vagabonds. A ce droit correspond le devoir d'organiser suivant une méthode rationnelle l'assistance publique, les secours privés et le patronage ; 2) il y a lieu de traiter différemment les mendiants et les vagabonds suivant qu'il s'agit : a) d'indigents invalides ou infirmes ; b) de mendiants ou vagabonds accidentels ; c) de mendiants ou vagabonds professionnels. Les premiers doivent

(9) Journal Officiel du 18 mars 1921.

(10) Revue pénitentiaire, 1895, p. 1041.

être assistés tant qu'ils n'ont pas recouvré la force nécessaire pour retrouver des moyens d'existence. Les seconds relèvent de l'assistance publique ou privée et doivent être recueillis dans des stations de secours méthodiquement organisées où le travail sera obligatoire. Les troisièmes doivent être l'objet d'une répression sévère de nature à empêcher la récidive ; 3) la mesure la plus efficace contre les professionnels est l'internement prolongé, en vertu d'une décision judiciaire, dans des colonies spéciales de travail. Le Professeur Garçon qui, dans un article intitulé « Assistance et répression », affirma que, « comme les mineurs, les mendiants et vagabonds paraissent devoir sortir du droit pénal pour entrer dans la catégorie des assistés » (11), a consacré dans son Code pénal annoté la distinction entre les paresseux et les malheureux (12). Il enseigne que si l'Etat ne peut être rendu responsable de la déplorable misère de la catégorie des malheureux, il n'en reste pas moins que leur condamnation est une grave erreur judiciaire, à moins qu'ils n'aient refusé un travail qui leur était offert. Soulignant le danger que constitue le vagabond, qui « à la campagne jette la terreur dans les fermes, mendie avec menace, vole, incendie et tue parfois, et à la ville devient le rôdeur ou le souteneur qui dévalise les maisons, procède aux attaques nocturnes et va souvent jusqu'à l'assassinat », il rejette les courtes peines d'emprisonnement et préconise l'internement dans des maisons de travail où ils pourront travailler pour leur compte pendant un certain temps, jusqu'à ce qu'ils soient habitués à goûter les bienfaits du gain légitime.

C'est le système appliqué en Allemagne et en Belgique (13).

En France, la proposition Flandin, votée par le Sénat en 1921 (14), adopte bien l'internement dans une colonie de travail mais seulement pour les récidivistes.

(11) Bullet. de l'Union Internat. de droit pénal, 1914, p. 159.

(12) Art. 269 à 273, n^{os} 5, 7 et 8, p. 642 b et 643 a.

(13) Garraud. Droit pénal. T. V, n^o 1769.

(14) Sénat. Séance du 17 mars 1921.

Notre projet de code pénal s'est rallié à l'institution des dépôts de mendicité, mais conserve le système traditionnel des peines d'emprisonnement (voir l'art. 330) (15). La seule proposition vraiment novatrice est celle de l'art. 332 qui est ainsi conçu : les vagabonds de nationalité française pourront, même après condamnation définitive, être confiés par jugement rendu sur requête à une œuvre de bienfaisance, à un patronage, ou à un citoyen donnant toute garantie au point de vue de l'honorabilité et qui s'engageront à leur fournir du travail.

Nous croyons que c'est une erreur de maintenir les pénalités prévues par notre législation et que l'on ne devrait plus reconnaître le caractère du délit dans le fait du vagabondage simple et de la mendicité, car il n'y a là qu'un fait social contre lequel la Société doit seulement se défendre, comme le proclamaient MM. Bastardy et Prins au Congrès pénitentiaire de 1895 (16). Mais, contrairement à ces deux auteurs, nous n'admettons pas la défense par voie administrative, par suite de son danger d'arbitraire, et préconisons une solution qui soit du ressort des tribunaux judiciaires.

Nous inspirant du projet belge de 1937 (17) et du système égyptien (18), nous pensons que l'on pourrait décider la mise à la disposition du Gouvernement, par décision du juge de paix, de tous ceux qui, n'ayant ni domicile fixe, ni moyens de subsistance avouables, et n'exerçant habituellement ni métier ni profession, bien qu'étant aptes au travail, ne justifient pas avoir fait le nécessaire pour s'en procurer ou ont refusé le travail qui leur était offert. Toutefois leur internement ne serait possible qu'un mois après que le juge de paix les aurait mis en demeure d'avoir à modifier les conditions irrégulières de leur existence établies d'urgence par une enquête sur leur situation indigente et les essais de reclassement qu'ils ont tentés. Durant

(15) Documents parlementaires. Chambre des Députés, n° 4287, 1^{re} séance du 17 juin 1938.

(16) Revue pénitentiaire, 1895, p. 1037.

(17) Revue de droit pénal belge, 1937, p. 751.

(18) Riad R. Shams, op. cit., p. 199.

cet intervalle, les œuvres d'assistance pourraient envisager leurs possibilités de réadaptation. Appel de l'avertissement ou de la décision d'internement pourrait être interjeté, l'affaire étant alors jugée dans les 48 heures par le tribunal de police correctionnelle siégeant en chambre du conseil. En cas de doute sur l'invalidité, l'expertise médicale serait de droit.

La durée de l'internement serait au minimum de trois mois. Celui-ci aurait lieu dans des établissements de travail agricoles ou industriels, suivant les aptitudes des sujets et les possibilités économiques, où ils seraient progressivement disciplinés par un travail rémunéré en argent ou en faveurs. La libération pourrait intervenir au bout des trois mois, soit qu'elle soit accordée par une commission présidée par un magistrat honoraire ou en exercice et comprenant les membres d'organismes s'occupant de réadaptation sociale agréés par le Gouvernement, soit qu'elle ait lieu d'office lorsque le pécule de l'interné aurait atteint un chiffre fixé par cette commission.

En aucun cas, ces décisions d'internement ne figurent au bulletin 1 et 2 du casier judiciaire.

Les mêmes règles seraient appliquées à toute personne valide, âgée de moins de 70 ans qui, pouvant se procurer des moyens légitimes de subsistance, aurait, en quelque lieu que ce soit, sollicité la charité publique dans son propre intérêt.

Ces suggestions doivent pouvoir se concilier avec la tradition libérale, dont l'idéal est d'évoquer à la vie sociale le plus grand nombre possible d'êtres vivants et de ne jamais désespérer de l'amélioration des individus, en cherchant à rendre utilisables même les déchets d'humanité.

SECTION 3. — *Les psychopathes*

La vie moderne se caractérise par un dérèglement des mœurs, des intelligences et des âmes qui a provoqué l'affaiblissement progressif de tout idéal moral en même

temps que le développement des tares physiques et mentales aggravées par de lourdes hérédités. La guerre et le chômage ont débilité les corps tandis que les crises politiques et économiques ont répandu l'inquiétude dans les esprits. Quel merveilleux terrain pour les ravages de l'alcoolisme et de la maladie se trouve ainsi préparé. Aussi le problème des mesures à l'égard des psychopathes mérite une attention d'autant plus particulière. En Belgique, où la statistique peut se baser sur une documentation criminologique très étendue, le service médical d'anthropologie criminelle établit une origine nettement morbide pour un dixième des cas (19). C'est dire l'importance du rôle de la prévention dans ce domaine. Il existe, en effet, beaucoup de malheureux dont les actes punissables ne sont dus qu'à leur manque d'équilibre mental, et chez qui la responsabilité morale est largement atténuée, mais la nocivité parfois incalculable en dépit des luttes qu'ils livrent souvent pour échapper au danger du délit vers lequel ils se sentent attirés par leurs dispositions innées ou leurs déviations acquises.

Ce problème n'est pas resté ignoré en France. C'est ainsi qu'en 1932 le Professeur Claude et le Docteur Schiff, évoquant la question des aliénés en liberté, à la Faculté de Médecine de Paris, proposèrent (20) qu'une commission composée de médecins et de juristes décide, pour les aliénés méconnus ou non soignés, quelles sont les mesures de traitement à leur imposer ou intervienne par des procédés d'admonestation ou d'intimidation afin de chercher à modifier le comportement anormal de ces personnes.

Ces préoccupations du monde médical ont-elles été entendues ? L'extrême prudence des auteurs de notre projet de code pénal n'a point permis d'envisager l'intervention, à titre préventif, contre les aliénés dangereux pour l'ordre public et la sécurité des personnes avant tout délit.

(19) Revue pénale suisse, 1938-4, p. 361.

(20) Revue de droit pénal belge, 1932, p. 1105.

Les articles 72 et 73 ne permettent, en effet, l'internement dans une maison de santé des personnes aliénées, alcooliques, toxicomanes ou atteintes d'une infirmité mentale grave, qu'après qu'elles auront « commis un crime ou délit passible d'une peine pouvant s'élever à deux ans d'emprisonnement » (21). Ainsi que l'observait le groupe des professeurs de la faculté d'Aix dans leur rapport sur cet avant-projet, « pourquoi ne pas permettre d'appliquer le même régime avant que le crime ou le délit ait été commis, dès que le tribunal aurait reconnu un danger sérieux pour la paix publique ? La question se pose tous les jours et avec une extrême acuité pour quantité d'alcooliques notoirement dangereux. Faute de pouvoir intervenir, la situation devient trop souvent la suivante : ou bien ils tueront soit leur famille, soit certains membres de leur famille, ou bien leur famille devra prendre l'initiative de les tuer. Le problème se pose de même pour telle personne intoxiquée ou atteinte d'une infirmité grave » (22) et M. Garraud de renchérir : « en cas d'application de ce projet sans modification de la loi de 1838, il résulterait que l'internement des aliénés dangereux avant délit resterait administratif et sans garantie, tandis qu'après délit, donc disparition du doute, il y aurait contrôle » (23).

Aussi, plus heureux nous paraît le projet de M. Louis Rollin déposé le 18 mars 1937 et ayant pour objet « de prévenir des délits et des crimes par des mesures d'hygiène mentale et de prophylaxie criminelle », basé, dit l'exposé des motifs, sur ce qu'une imperfection mentale entraîne souvent une déchéance sociale elle-même génératrice de l'infraction (24).

L'article premier décide la création, dans le ressort de chaque Cour d'appel, d'un service médico-psychiatrique, chargé de l'hygiène mentale et de la prophylaxie criminelle.

(21) Documents parlementaires (Chambre des Députés), n° 4287, 1^{re} séance du 17 juin 1938.

(22) Rapport des facultés de droit, p. 16.

(23) Rapport sur l'avant-projet, p. 54.

(24) Documents parlementaires. Chambre, 1937, Annexe n° 2145.

L'article 2 soumet à l'examen médico-psychiatrique toute personne atteinte de tares physiologiques ou de désordres mentaux, autres que ceux visés par la loi de 1838 sur le régime des aliénés, et de nature à l'entraîner à des actes criminels ou délictuels. L'examen aura lieu soit sur sa demande, soit à la requête de ses parents ou tuteurs ou du Procureur de la République du lieu de sa résidence.

En cas de refus à s'y soumettre, l'article 3 prévoit qu'un mandat d'amener pourra être délivré contre la personne visée.

L'article 4 prescrit la transmission, par les soins du Parquet, du rapport établi à la suite de l'examen médico-psychologique, au Président du Tribunal près le domicile de l'intéressé. Le Président (article 5) convoquera l'intéressé en Chambre du Conseil et, après l'avoir entendu ainsi que ses conseils, le Procureur de la République entendu, prendra, s'il y a lieu, toutes mesures nécessitées par son état (liberté sous contrôle du service médico-psychologique ou hospitalisation).

Enfin, l'article 6 réserve la possibilité de faire reviser l'ordonnance du Président et le droit d'appel.

Ce texte nous semble devoir donner toute satisfaction aux tenants de la liberté individuelle, par la qualité des personnes qui peuvent requérir l'application de la loi et les voies de recours ouvertes. Le règlement d'administration publique destiné à fixer les modalités de la mise en observation et le sort ultérieur du sujet qui y aura été soumis devrait toutefois préciser que tous les six mois un rapport serait adressé au Président du Tribunal par les commissions médico-psychologiques sur l'état des internés.

Par ailleurs, il faudrait décider que la contre-expertise médicale sera de droit, à la demande du malade ou de ses proches et organiser l'assistance judiciaire en cette matière ; on pourrait aussi envisager la sortie à l'essai, à la demande du parent qui la sollicite et sous sa responsabilité. Enfin cette loi serait utilement complétée par l'institution d'un bulletin destiné à dépister dès l'école primaire les tares mentales et l'inadaptation sociale, observations qui se-

raient poursuivies méthodiquement dans les écoles supérieures, et la création de services ouverts de cliniques psychiatriques, complètement séparés des services d'internement, en vue du traitement en cure libre, ainsi que d'un dispensaire d'hygiène mentale dans chaque département.

Ainsi serait comblée une grave lacune de notre législation, et ce uniquement au profit du développement de la personnalité humaine.

Notre conception d'un droit préventif *ante delictum* est-elle dans la ligne de l'avenir ? Au cours de conférences données à Bruxelles en 1939 par M. Cosentini sur les principes fondamentaux de la science pénale contemporaine, ce criminaliste a exposé le revirement de sa pensée sur cette question (25). « Il éprouva tout d'abord une réelle aversion, reconnaît-il, pour la notion d'individu socialement dangereux parce qu'elle pourrait offrir le prétexte à toute illégalité judiciaire ou policière : le critère de l'état dangereux se présente, en effet, comme subjectif, relatif et élastique, tant à l'égard du juge qui, après une période très brève d'interrogatoire, ne pourra jamais se former une idée exacte de l'état dangereux du délinquant, qu'au point de vue de l'inculpé lui-même car ses motifs psycho-pathologiques sont à tel point complexes et changeants qu'il est très difficile de les définir. Mais la finalité de la défense sociale devant être le but de la science pénale, il a dû reconnaître que rien n'est plus socialement utile que d'assimiler à l'action délictueuse le fait ou l'état qui est à la marge de la criminalité et qui n'est pas moins socialement dangereux. Il suffit d'apporter à ces mesures préventives un esprit sévère d'équité, sans aucune idée préconçue, sans préjugé politique, religieux, social pour en assurer le succès. »

(25) Cf. Revue Internationale de doctrine et de législation comparée. Bucarest, 1940, N° 1, p. 11-14.

Ainsi espérons-nous que notre étude vient à son heure et apportera sa modeste contribution à l'aménagement du droit pénal de demain.

Vu : *Le Président*
J. HUGUENEY

Vu : *Pour le Doyen, l'Assesseur,*
: Gilbert GIDEL.

Vu et permis d'imprimer :

Le Directeur de l'Ecole Normale Supérieure
chargé des fonctions de Recteur de l'Académie de Paris,
J. CARCOPINO.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

a) *D'auteurs français :*

- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif (1926).
BONNEVILLE DE MARSANGY. — De l'amélioration de la loi criminelle (1864).
CHÉRON. — Les grands problèmes de la politique criminelle (Le Caire, 1935).
CUCHE. — Traité de science et de législation pénitentiaire, (1905).
— De la possibilité pour l'école classique de fonder la répression en dehors du libre arbitre (1897).
A. DANAN. — Mettray, maison des supplices (1938).
DE LA DIGNE DE VILLENEUVE. — La fin du principe de séparation des pouvoirs (1934).
DONNEDIEU DE VABRES. — Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée (1937).
— La politique criminelle des Etats autoritaires (1938).
DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel (1921).
ESMEIN. — Eléments de droit constitutionnel (1927-1928).
GARRAUD. — Traité théorique et pratique de droit pénal français (2^e édit., 1911).
GARRAUD et LABORDE LACOSTE. — Précis de droit pénal (1933).
LÉVY-ULLMANN. — Système juridique de l'Angleterre (1928).
DR. RABINOWICZ. — Mesures de sûreté (1929).
G. RENARD. — Le droit, la logique et le bon sens (1925).
J.-A. ROUX. — La défense contre le crime. Répression et prévention (1922).
SALEILLES. — L'individualisation de la peine (1898).
TOULEMON. — Progrès des institutions pénales.
TOUSSAINT. — Société et répression (1936).
VIDAL et MAGNOL. — Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (1935).

b) *D'auteurs étrangers :*

- BENTHAM. — Traité de législation civile et pénale.
BUZEA. — Crises du droit pénal (1934).

- BLACKSTONE. — Commentaries on the law of England.
CLARKE. — The science of law and law making (1899).
COSENTINI. — Code pénal international (1937).
DE ASÚA. — El nuevo derecho penal (Madrid, 1929).
— El estado peligroso (Madrid, 1920).
DORADO MONTERO. — El derecho protector de los criminales (1915).
FELIPE GIL et JIMENEZ DE ARECHAGA. — Sobre la teoria del estado peligroso.
FERRARI. — Le régime fasciste italien (1928).
FERRI. — Sociologie criminelle.
FONTECILLIA RIQUELME. — El código penal Chileno ante la nuevas orientaciones de la ciencia penal (1932).
FITZJAMES. — Digest of criminal law (1877).
NIKO GUNSBURG. — Transformations récentes du droit pénal et international (1938).
LONGHI. — Répression et prévention dans le droit pénal actuel.
MANZINI. — Traité de droit pénal.
ORTIZ. — Proyecto de código criminal Cubano (Habana, 1926).
JOSE PECO. — La reforma penal en el Senado de 1933 (Buenos-Ayres, 1936).
PRINS. — Défense sociale et transformation du droit pénal (1910).
— Science pénale et droit positif (1899).
RIAD R. SHAMS. — La liberté individuelle en Egypte (1934).
Q. SALDANA. — Criminologie nouvelle (1929).
— Modernas concepciones penales in España (1923).
SEYMOUR. — Traité de droit criminel (1895).
SOLER. — Exposicion y teoría del estado peligroso.
STEPHEN. — Digest of criminal law.
— History of criminal law.
TRENTIN. — Le code pénal fasciste (1931).
VERVAECKE. — La conception anthropologique du traitement des condamnés (1937).

THÈSES

- BERAUD. — Les mesures de sûreté dans le droit allemand (Aix, 1938).
CHAMBON. — Les mesures de sûreté (Paris, 1925).
CRUBEZY. — De la séparation des pouvoirs (Montpellier, 1938).
DESHAIS DU PORTAIL. — La loi des suspects (Rennes, 1938).
FAYE. — Les pouvoirs du juge en Angleterre (Tours, 1912).
PAULIAN. — La reconnaissance (Paris, 1910).
SEITZ. — Principes directeurs de la procédure criminelle anglaise (Nancy, 1928).
SIGMOREL. — Le crime et la défense sociale (Paris, 1912).
SIMONNET. — Rôle du juge dans l'exécution des peines (Dijon, 1934).
VIENNE. — Peine et système répressif (Lille, 1936).

REVUES

a) *Françaises* :

- Annales médico-psychologiques. Année : 1935.
Annuaire de législation étrangère. Année : 1938.
Bulletin de la Société de Législation comparée. Années : 1925, 1926, 1931.
Bulletin de l'Union Internat. de droit pénal. Années : 1909, 1914.
Revue Internat. de droit pénal. Années : 1910, 1927, 1928, 1937.
Revue pénitentiaire et de droit pénal (Ancien Bullet. de la Sté Générale des prisons). Années : 1895, 1910, 1912, 1919, 1920, 1931.
Revue politique et parlementaire. Année : 1911.

b) *Etrangères* :

- Annual survey of English law. Année : 1936.
Cambridge law review. Année : 1936.
Law Quarterly Review. Année : 1887.
Rivista di diritto penitenziario. Année : 1935.
Revue belge de droit pénal. Années : 1932, 1937, 1938.
Revue Internat. de doctrine et de Législation pénale comparée. Année : 1940. N° 1 (Bucarest.)
Revue pénale suisse. Années : 1938, 1940.
Scuola positiva. Années : 1920, 1936.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechts wissenschaft. Année : 1938, T. 58.

DOCUMENTS DIVERS

- Actes du Congrès de Bruxelles (1926).
Actes du Congrès de Palerme (1933).
Actes du Congrès de Paris (1937).
Code pénal annoté de Garçon.
Code pénal du Royaume d'Italie.
Compte général de l'Administration de la Justice. Années : 1828, 1934.
Documents parlementaires : Chambre, 1937, n° 2145 ; 1938, n° 4287.
Gazette du Palais du 17 août 1940.
Journal Officiel des 18 mars 1921, 19 novemb. 1939, 30 nov. 1939, 4 sept. 1940, 5 sept. 1940.
Law Reports.
L'Hygiène mentale : Nov. 1938.
Nuevo Digesto Italiano, 1939.
Rapports sur la refonte du Code pénal (Sirey 1933-34).
Recueil des lois fédérales suisses, 1938, n° 41.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — LE PROBLÈME ET SON HISTOIRE.....	5
PREMIERE PARTIE. — LES OBJECTIONS DOCTRINALES.....	25
CHAPITRE PREMIER. — <i>La liberté individuelle</i>	27
CHAPITRE II. — <i>Le principe de la Séparation des pouvoirs</i>	43
DEUXIEME PARTIE. — LES APPLICATIONS.....	49
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les applications théoriques</i>	51
CHAPITRE II. — <i>Les applications pratiques</i>	61
Section 1. — Mesures patrimoniales	61
Section 2. — Mesures privatives ou restrictives de liberté	68
CONCLUSION	75
Section 1. — La prévention générale	77
Section 2. — Le vagabondage	81
Section 3. — Les psychopathes	84
BIBLIOGRAPHIE	91

